34. 23. 1006

جامعة أبي بكر بلقايد
مكتبة
كلية الحقوق
تلمسان

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

كليـة الحقـوق

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق
المكتبة
رقم الجرد : 17099
تاريخ الدخول: .....
24 OCT. 2007



التلقيح الإصطناعي

دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

من إعداد الطالبة:

خدام هجيرة

تحت إشراف الأستاذ:

د. تشوار جيلالي

لجنة المناقشة:

- أ.د.قلفاط شكري أستاذ التعليم العالي – جامعة تلمسان - ..... رئيسا
- أ.د.تشوار جيلالي أستاذ التعليم العالي – جامعة تلمسان - ..... مشرفا ومقررا
- أ.د. تشوار حميدو زكية أستاذة محاضرة – جامعة تلمسان - ..... مناقشا
- أ.د.مامون عبد الكريم أستاذ محاضر – جامعة تلمسان - ..... مناقشا

السنة الجامعية: 2006 – 2007

تشكرات

إن خير فاتحة نفتتح بها مذكرتنا هو الشكر لله باسط العلم وفاتح الخير الذي أعز العباد وأكرمهم بعلمه الوافر فنشكره تعالى على نعمه التي لا تفنى.

أتقدم بفائق التقدير والإحترام وخالص الشكر إلى رفيع المقام أستاذي الفاضل الدكتور " تشوار جيلالي" ذا النفس السخية والآراء السديدة عرفانا بفضله في إنارة الطريق أمامي، وأعرب له عن امتناني الكبير لقبوله الإشراف على هذا البحث ولتوجيهاته القيمة ومتابعته المستمرة في إنجاز هذا العمل.

وأتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا إثراء هذا البحث بمناقشتهم وتوجيهاتهم القيمة.

كما أتوجه بالشكر لكل من استفدت من جهودهم في إنجاز هذا العمل.

شكرا جزيلا للجميع

خدام هجيرة

الإهـــــداء

تحية مني وعرفانا بالجميل أهدي ثمرة عملي هذا إلى أغلى وألطف وأحن وأنبل شخصين قريبين إلى قلبي، إلى من لم يبخلا بشيء نحوي واحتملا أعباء الحياة من أجل راحتي، إلى من كانا ضياء عيوني وانشراح صدري وصفاء سريرتي، إلى منبع الحب والعطاء والداي الكريمين حفظهما الله وأطال عمرهما.

إلى توائم روحي ومنابع فؤادي أخواي العزيزين وأختي الغالية وفية.

إلى من أكن له المحبة والتقدير والإحترام، إلى من وجدته دعما وسندا بن عودة سنوسي.
إلى عائلتي خدام ويعقوبي.

إلى من قدم لي يد المساعدة عائلة بن عودة حامد، عائلة يعقوبي عبد العزيز، عائلة شريفي عبد الفتاح، عائلة وجداوي عبد الرزاق.

إلى زملائي متمنية لهم التوفيق وأخص بالذكر الزميلتين والصديقتين محتال، بوخاتم.

خدام هجيرة

المختصرات

ج: جزء.

ج.ر: جريدة رسمية.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ع: عدد.

ع.خ: عدد خاص.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ف: فقرة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ص.ع.ج: قانون الصحة العامة الجزائري.

ق.ص.ع.ف: قانون الصحة العامة الفرنسي.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

ق.م.ف: قانون مدني فرنسي.

م. : مجلة.

م.ج.ع.ق.إ.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية.

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

م.ق: مجلة قضائية.

Principales Abréviations

Al : alinéa.

Art : article.

C.A. : Cour d'appel.

C.Cass. : Cour de cassation.

C.civ. : Code civil.

CECOS : Centre d'étude et de conservation du sperme.

Ch.civ. : Chambre civile.

Coll. : Collection.

C.pén. : Code pénal.

C.S.P. : Code de la santé public.

D. : Dalloz.

éd. : édition.

Gaz.Pal. : Gazette du palais.

J.C.P. : Juris classeur périodique.

J.O.R.F. Journal officiel de la République Française.

n°. : numéro.

p. : page.

P.U. : Presse universitaire.

R.S.J.A. : Revue des Sciences juridiques et Administratives.

Rev. int. dr. comp. : Revue internationale de droit comparé.

R.T.D.Civ : Revue trimestrielle de droit civil.

s. suite.

T.G.I. : Tribunal de grande instance.

مقدمة عامة

عرف نظام الزواج منذ أن خلق الله تعالى آدم وحواء وأسكنهما الجنة زوجين مكرمين. ومنذ ذلك الحين ظل يساير مسيرة ذريتهما ويتطور بتطورهم إلى يومنا هذا[1].

وإذا كان عقد الزواج يعتبر في بعض التشريعات مجرد عقد رضائي بين طرفين، يهدف إلى إقامة نظام حياة مادية مشتركة بقصد تبادل المساعدة والرعاية وإشباع الرغبة الجنسية. فإن مفهومه يختلف في المجتمعات الإسلامية التي تعتبره أقدس وأنبل الروابط التي يمكن أن تنشأ بين رجل وامرأة، وأحاطت هذه الرابطة بعناية بالغة وجعلتها ميثاقا غليظا[2] لقوله تعالى:" وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا"[3].

بهذا تكون لعقد الزواج أبعاد دينية وأخرى دنيوية حيث يتعهد كل طرف على إسعاد الطرف الآخر واحترامه والتعاون معه من أجل إقامة شرع الله[4]. وبمعنى آخر يعتبر السبيل الشرعي الوحيد الذي يمكن أن يجمع بين الرجل والمرأة من أجل تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[5] لقوله تعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"[6].

ومما لاشك فيه أن أهم غاية يهدف إليها هي تحصيل النسل، فحاجة الإنسان إلى إنجاب ذرية تعتبر ضرورة فطرية منذ فجر التاريخ. وإن هذه الحاجة يبررها حب البقاء على هذه الأرض لخلق تواصل بين الأجيال وتكثير سواد الأمة وهكذا يتم المحافظة على العمود الفقري الذي ترتكز عليه الأسرة لقوله صلى الله عليه وسلم:" تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة"[7].

---

[1]- أنظر، سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط.03، 1996، ص.81.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص.3.

[3]- الآية 21 من سورة النساء..

[4]- أنظر، سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.81.

[5]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.3.

[6]- الآية 21 من سورة الروم.

[7]- رواه الإمام أحمد عن أنس، مقتبس من تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.100.

غير أن هذه الحاجة قد لا تتحقق نتيجة لعوائق مرضية تحول دون ذلك ترجع أساسا إلى تعدد وتشعب أسباب العقم.

فقد تكون المرأة غير قادرة على الإنجاب بسبب إصابتها بعقم أولي وهو عقم يصيبها منذ بداية حياتها الجنسية أو زواجها، وترجع أسبابه عادة إلى أمراض غددية أو هرمونية أو لعدم نضوج الأعضاء التناسلية أو لأسباب تكوينية. كما قد تكون مصابة بعقم ثانوي وهو عقم يصيبها بعد إنجابها طفل أو طفلين أو بعد تعرضها للإجهاض، وترجع أسبابه إلى مضاعفات الولادة خاصة إذا كانت ولادة عسيرة ونتج عنها أنزفة حادة وتمزقات، وإلى الحميات النفاسية والإلتهابات التي تصيب الرحم والنفيرين كالأمراض الزهرية وأمراض الحمى الباطنية[1].

وبغض النظر عن نوع العقم يمكن جمل أسباب العقم عند المرأة في حموضة المهبل، ضيق مجرى عنق الرحم، إلتهابات عنق الرحم وتقرحاته، انقلاب الرحم وانحرافاته، إلتهابات البوقين وانسدادهما، أمراض الحمى الباطنية، الممارسة الجنسية في فترة الحيض[2].

على عكس ما كان معتقدا سابقا في تحميل الزوجة وحدها مسؤولية عدم الإنجاب كشف الطب الحديث عن وجود حالات يكون العقم فيها سببه متعلقا بالرجل. وترجع أسباب العقم عند الرجال إلى إصابة الخصي بأمراض كانعدامه كليا أو احتجازه في البطن وعدم نزوله إلى الصفن أو هجرته، أو إصابة المسالك التناسلية كانسداد حبلي المني التهابات الحويصلات المنوية والبروستات، أو بسبب عدم حصول الإلقاح لانعدام القذف أو العجز الجنسي أو سرعة الإنزال[3].

[1]- أنظر، فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء- أسبابه وعلاجه- دار العلم للملايين، لبنان، ط.06، 1991، ص.271.

[2]- لمزيد من التفاصيل أنظر، فاخوري سبيرو، المرجع السابق، ص.217 وما يليها؛ سوكة عبد الرزاق، أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب والقانون، القاهرة، 1988، ص.28 وما بعدها.

[3]- أنظر، فاخوري سبيرو، المرجع السابق، ص.32 وما بعدها؛ سوكة عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 33.

إن هذه الأمراض البدنية لا تعد لوحدها المتسببة في العقم فقد يرجع هذا الأخير لعوامل نفسية تتجلى خصوصا في وجود نوع من الزيجات غير المتجانسة سيكولوجيا أو بدنيا بسبب التنافر الروحي أو لوجود أجسام مضادة في المرأة والتي يعبر عنها بالمناعة ضد الرجل[1].

إنطلاقا مما تقدم نجد أن هناك أسبابا عديدة تحول دون الحمل فمنها ما هو عائد إلى الزوجة ومنها ما هو عائد إلى الزوج ومنها ما هو متعلق بهما معا، لهذا حاول الأطباء والأخصائيون التعمق أكثر فأكثر في خصائص الخلية المنوية وتركيبها من أجل إيجاد العلاج الملائم لحالات العقم المختلفة. ومع أنهم ابتكروا العديد من الأدوية وجربوا العمليات الجراحية إلا أن ذلك لم يقف حاجزا أمام القضاء على مشكلة العقم.

عدم القدرة على الإنجاب بالطريقة الطبيعية بالرغم من توافر الدواء والجراحة لم تحبط من إرادة وعزيمة الأطباء في إيجاد حل آخر. فنتيجة لتطور علم تكوين الأجنة وإجراء التجارب والأبحاث العلمية توصلوا إلى الكشف عن طريقة حديثة تصدت لمشكلة العقم، هذه الأخيرة تتم وفقا لطرق اصطناعية، فأصبح التلقيح يحدث بغير الوسيلة الطبيعة. لهذا سميت هذه التقنية الحديثة من الإنجاب بالتلقيح الإصطناعي.

يعرف على أنه:" كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الإتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع"[2].

ولقد حاول الطب في بداية الأمر أن يحدث الإخصاب بين مني الزوج وبويضة رحم الزوجة بالطريقة الصناعية، حيث تأخذ النطفة الذكرية وتحقن مباشرة في رحم المرأة ليتم بعدها العلوق في جدار الرحم فيتشكل الجنين وينمو نموا طبيعيا.

هذا الأسلوب من التلقيح سمي بالتلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج، وقد شهد نجاحا كبيرا وإقبالا شديدا من قبل غير القادرين على الإنجاب. كما أنه ساعد على القضاء على بعض حالات العقم.

---

[1]- أنظر، تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص. 26.

[2]- أنظر، البسام عبد الرحمن، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ج.1، ع.2، ص.235-268.

المشكل أن هناك حالات يكون فيها الزوج مصاب بعقم يستعصى علاجه وبالرغم من محاولة إحداث إخصاب صناعي بواسطته إلا أن المحاولة تبوء بالفشل. من أجل حل هذا الإشكال تم الاستعانة بنطفة شخص ثالث أجنبي فسمي بالتلقيح الإصطناعي بواسطة الغير.

وباعتبار أن حالات العقم عديدة ومتعددة فإن هذه الصورة -التلقيح الإصطناعي الداخلي- لم تتمكن لوحدها من وضع حد لهذه المشكلة. من أجل ذلك عمدت العلوم الطبية الحديثة إلى إيجاد صورة أخرى فبدأ التفكير في إحداث التخصيب خارجيا. وبالفعل تمكنوا من الكشف عن صورة أخرى من التلقيح سميت بالتلقيح الإصطناعي الخارجي. والتي أسفرت عن ظهور أسلوبين آخرين من التلقيح وهما التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب والتلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة.

هتين الصورتين من التلقيح بأساليبهما المختلفة والمتنوعة ساهمتا في القضاء على مشكلة العقم وما ينجم عنها من أثار نفسية وخيمة وصلت إلى حد فك الرابطة الزوجية، وكانتا بصيص أمل بالنسبة لغير القادرين على الإنجاب حيث مكنتهم من الحصول على المولود.

مع أن وسيلة التلقيح الإصطناعي عرفت تطورا هائلا ونجاحا كبيرا إلا أنها أثارت العديد من التساؤلات القانونية وأحدثت جدلا كبيرا حول مدى شرعيتها. كما أنها أفرزت العديد من المشاكل جراء اقتحام طرف أجنبي في العلاقة الزوجية فظهرت مشاكل بين الزوجين بسبب غيرة الزوج وعدم تقبله حمل زوجته من رجل غيره. وأثار تدخل الأم البديلة مشاكل عويصة نتيجة التزاع حول الولد أو استغلالهن بطريقة منافية للأخلاق.

وما زاد الأمور أكثر تعقيدا، توصل العلماء إلى إمكانية تجميد السائل المنوي والبويضات المخصبة فهذه التقنية ساعدت في ظهور ما يسمى ببنوك المني أو مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي، فبرز مع ظهورها أسلوب أخر من التلقيح سمي بالتلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج الذي أثار التساؤل حول ما إذا كان بالإمكان إجراء التلقيح بعد وفاة الزوج؟ أم منع ذلك لإنتهاء الرابطة الزوجية؟

كما ساهمت في تخليق مشكلة إختيار الجنس وتحسين النسل نظرا لإمكانية الفصل بين الحيوانات المنوية الذكرية والحيوانات المنوية الأنثوية، وهو ما ولّد هاجس الطفل الكامل أو الطفل الشبيه بأحد الشخصيات العالمية المشهورة.

فوق كل هذا، فتحت هذه المراكز المجال للتلاعب بالنطف والبويضات فتسبب في إختلاط الأنساب.

وإذا كان الإنجاب بالطريقة الطبيعية يقتصر على الزوجين فقط فإن الإنجاب الصناعي يتطلب تدخل الطبيب الذي يتابع المراحل من بدايتها إلى غاية تحقيق الهدف المرجو منها ألا وهو المولود. ولكن هذا التدخل قد يتسبب في حدوث مشاكل عويصة ناتجة عن تواطأ بين الطبيب والزوج الذين يتفقان على تلقيح الزوجة بماء غير زوجها. وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول معرفة إذا كان بالإمكان معاقبة الطبيب بالإستناد على النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية؟ وما إذا كان يحق للزوجة الإجهاض في حال اكتشافها لهذا الغش الطبي؟

وبغض النظر عن إيجابيات التلقيح الإصطناعي وسلبياته ، فإنه ينجم عنه ولادة المولود، وهنا تطرح مسألة جد هامة تتمثل في تحديد نسبه، خاصة في حالة تدخل طرف أجنبي لأن معنى الأبوة أو الأمومة يتضاعف. أمام هذه التدخلات يبرز مشكل من يعد ابن من؟ وبطبيعة الحال تختلف الإجابة باختلاف النظام السائد في المجتمع.

لا تقف الأمور عند تحديد النسب إنما تتعداه إلى معرفة طرق إثباته عند الإنكار، فهل في هذه الحالة يرجع إلى النصوص القانونية المنضمة للنسب الولد الناجم عن الاتصال الجنسي؟ وفي حال ذلك هل تتماشى هده النصوص مع الإكتشاف العلمي؟ وهل يسمح باستعباد هذه الطرق التقليدية في إثبات النسب والإستعانة بما توصل إليه العلم الحديث في مجال الهندسة الوراثية فتحل بذلك طريقة تحليل الدم والبصمة الوراثية مشكلة إثبات نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي؟

وهكذا نلاحظ أن أساليب التلقيح الإصطناعي لا تطرح مشاكل فقط أثناء ممارسة العملية بل تتعداها إلى ما بعد ولادة الطفل.

وسنحاول من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين الإجابة عن التساؤلات المطروحة وغيرها. حيث سنتطرق في الفصل الأول إلى تحليل صور التلقيح الإصطناعي وبيان كيفية إجراءها مع مناقشة حكمها شرعا وتشريعا، لننتقل في الفصل الثاني إلى إبراز المشاكل الناجمة عن هذه التقنية الحديثة من الإنجاب وبيان آثارها السلبية. ويتم ذلك بالإعتماد على موقف الفقه المعاصر والقضاء الفرنسي، وكذا بالرجوع إلى التشريعين الفرنسي والجزائري ومحاولة إجراء مقارنة بينهما.

الفصل الأول: صور التلقيح الإصطناعي.

الفصل الثاني: المشاكل القانونية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي

الفصل الأول

صور

التلقيح

الإصطناعي

بعد أن يتم الاتصال الجنسي بينها وبين زوجها لهذا تسمى
أنه قد يصاب أحد الزوجين بعقم يستعصى معالجته
لك دون تمكين المرأة من الإنجاب.

ل، ومساعدة العاجزين على الإنجاب على تحقيق رغبتهما
وصلت العلوم الطبية إلى اكتشاف طريقة لا تعتمد على
مجموعة طبية متخصصة لاستعمال وسائل وأجهزة صناعية
ن.

سمي هذا الإكتشاف بالتلقيح الإصطناعي، ويتضمن صورتين، الأولى تتمثل في تلقيح بويضة المرأة بمني زوجها أو رجل أجنبي عنها عن طريق الحقن داخل عنق رحمها فسميت هذه الصورة بالتلقيح الإصطناعي الداخلي (المبحث الأول)، أما الثانية فتستدعي إما تلقيح البويضة بالمني داخل الأنبوب، أو تدخل امرأة أجنبية بدلا من الزوجة العقيمة لتتولى مهمة الحمل والوضع، وفي كلا الأسلوبين يحدث التلقيح خارج الرحم لهذا سميت هذه الصورة بالتلقيح الإصطناعي الخارجي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التلقيح الإصطناعي الداخلي

لم تعد الزوجة المسؤولة الوحيدة عن حالة عدم الإنجاب، فقد أثبت الطب أن الزوج هو الآخر يعد مسئولا عن عدم إتمام الحمل بالإتصال الجنسي الطبيعي، ويرجع ذلك إما لإصابته بالعقم، أو لضعف في خصوبته.

للقضاء على هذا المشكل كان لا بد من اللجوء إلى الإخصاب الإصطناعي كبديل للإخصاب الطبيعي، إذ تحقن الزوجة بالمني في بوق رحمها [1].

[1]- أنظر، مامون عبد الكريم، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004، ع.02، ص.21.

الملاحظ هنا، أن العملية تتم داخل رحم الزوجة، لهذا سميت هذه الصورة من الإنجاب بالتلقيح الإصطناعي الداخلي، وإن أول من قام به في التاريخ البشري هو الإنجليزي"Hunter" سنة 1799 في حق زوجين لم ينجبا بشكل طبيعي بسبب إصابة الزوج بعاهة وراثية حالت دون الإنجاب، فتمت العملية بمنيه[1]. وإذا كانت هذه الصورة من التلقيح تتم باستخدام مني الزوج (المطلب الأول) فإنه في بعض الحالات لا يكلل هذا الأسلوب بالنجاح، مما يستدعي استخدام الأسلوب الثاني لهذه الصورة، والذي يعتمد لإتمامه على تدخل شخص ثالث أجنبي، فيقوم بالتبرع بمنيه لصالح الزوجين العقيمين، وهكذا تحقن الزوجة بمني غير زوجها، فسمي هذا الأسلوب بالتلقيح الإصطناعي بنطفة الغير(المطلب الثاني).

المطلب الأول

التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج

لا يؤدي الإتصال الجنسي بين الزوجين بالضرورة إلى تحقيق الحمل، وهذا بسبب إستحالة تلاقي مني الزوج ببويضة الزوجة، فتفشل عملية التلقيح بالشكل الطبيعي. أمام هذا الإشكال لم يقف الطب عاجزا، إنما توصل إلى اكتشاف أسلوب يعد طريقا سهلا وناجعا لإحداث التلاقي بين المني والبويضة، فتؤخذ النطفة الذكرية من الرجل وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل المرأة أو رحمها، لتلتقي النطفة إلتقاء طبيعيا بالبويضة التي يفرزها المبيض، ويقع التلقيح بينهما، ثم العلوق في جدار الرحم فتكلل العملية بالنجاح، لينمو الجنين نموا طبيعيا كما هو الحال بالنسبة للإنجاب الطبيعي[2].

يدعى هذا الأسلوب بالتلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج "insémination artificielle conjugale"،

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.93.

[2]- أنظر، أحمد الزرقاء مصطفى، التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب، ندوة عقدها مجلس المجمع الفقهي الإسلامي موجودة على موقع الإنترنيت www.taiba.org

ويعرف على أنه:"التلقيح الذي يتم بين خليتين تناسليتين مستمدتين من شخصين يربط بينهما زواج شرعي أو رابطة حرة لا تقل على السنتين"[1].

يتم اللجوء إليه في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته، بسبب إصابته بقصور يمنعه من إيصال مائه إلى مهبل الزوجة، أو قد يكون سريع الإنزال، أو أن سائله المنوي ليس بالكم والنوعية الكافية لإتمام عملية الإخصاب[2].

بهذا يكون الإكتشاف الطبي لهذا الأسلوب قد قضى على العديد من المشاكل التي تثار بين الزوجين بسبب العقم. ونشير إلى أن هذا النوع من التلقيح لا يثير مشاكل قانونية أو صعوبات، خاصة إذا تم أثناء حياة الزوج، بمعنى آخر إذا تمت ممارسة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته (الفرع الأول).

وإزاء ذلك، توصلت الدراسات العلمية إلى إمكانية تجميد الخلايا الإنسانية لفترة معينة تسبق تحللها، وتبقى صالحة للإخصاب[3]، الأمر الذي أدى إلى إنشاء مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي، فظهر معه أسلوب آخر من التلقيح الإصطناعي يكمن في إمكانية الزوجة من الإستفادة من مني زوجها حتى بعد وفاته طالما أنه محفوظ ومجمد لدى المركز وكذا صالح للإخصاب،وهو التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج بعد الوفاة « Insémination post-mortem » (الفرع الثاني).

---

[1]- سمح القانون الفرنسي للرجل والمرأة الذين تربطهما علاقة حرة باللجوء إلى التلقيح الإصطناعي شريطة إثبات قيام العلاقة والمعاشرة لمدة لا تقل عن سنتين، سنتعرض لكثير من التفاصيل حول هذه النقطة حين معالجة الشروط الواجب توافرها في الزوجين في المطلب الأول، الفرع الأول، ص.15 من هذه الدراسة.

[2]- أنظر، سبيرو فاخوري، المرجع السابق، ص. 117 وما بعدها.

[3]- أنظر، مروك نصر الدين،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط.1، 2003، ص.402.

الفرع الأول

التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته

تجرى عمليات التلقيح الإصطناعي في مؤسسات صحية، أو عيادات خاصة ومتخصصة، والتي يشترط أن تكون قد تحصلت على رخصة إدارية مسبقة لممارسة نشاطها[1] وهي تتم تحت إشراف الطبيب الذي يتولى مسؤولية مراقبة توافر الشروط الخاصة بالعملية والزوجين، وكذا إحاطتهما علما بإمكانية نجاح أو فشل العملية [2].

قبل تنفيذها لا بد من خضوع الزوجين لإجراء تحاليل وفحوص طبية[3] للتأكد من خلوهما من أي مرض خطير، عند ظهور النتائج تسلم إلى الطبيب المكلف بإجرائها. هذا الأخير، يقوم أولا بتنشيط المبيض وتقويته عن طريق هرمونات خاصة، ثم تجرى صورا إيكوغرافية لمتابعة ظهور وتطور الجريب من أجل حقنه بإبرة خاصة تحث المبيض على إطلاق عدة بويضات، وبعد ستة وثلاثين ساعة تستعد الزوجة لإجراء العملية.

بعد هذه المرحلة الأولى، ينتقل الطبيب إلى تحضير المني، ويتم ذلك في اليوم المحدد لإجراء العملية، حيث يستقبل المني بواسطة الإستمناء في مخبر متخصص فتجرى عليه التحاليل اللازمة لإحصاء عدد الحيوانات المنوية، وكذا مراقبة حركتها. عندما ينتهي الطبيب من مرحلة تحضير الحيوانات المنوية، وتصبح هذه الأخيرة جاهزة وصالحة للإخصاب، تجمع في إبرة خاصة ليتم إدخالها بالحقن في رحم المرأة، وبهذا تلتقي النطفة إلتقاء طبيعيا بالبويضة فيتم التلقيح بينهما لتستعيد المرأة بعد دقائق قليلة من الإستراحة نشاطها العادي.

---

[1]- En France ,l'autorisation est délivrée pour une durée de cinq (05) ans , elle est accordée après avis de deux (02) organismes consultatifs : La commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et le comité national de l'organisation sanitaire et sociale. Pour plus d'informations , il y a lieu de consulter le code de la santé publique, notamment ses articles n° 152/9 - 184/1 - 184/5 et 673/5, ainsi que l'arrêté du 12- juillet 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation sur http://www.legifrance.gouv.fr.

[2]- Cf.Art. 152-10 du c.s.p.

[3]- Chez la femme,il s'agira d'examens hormonologiques et sérologiques,chez l'homme des examens spermiologiques et sérologiques.

تجدر الإشارة إلى أنه من الأفضل ولأسباب طبية، أن يتم تحضير المني في مكان معقم ومراقب، وعلى درجة حرارة 37 درجة مئوية.كما أنه يستحسن وللحصول على نتائج إيجابية أن تتم عملية التلقيح في اليوم الرابع عشر من بدء الدورة الشهرية.علما وأنه إذا فشلت المحاولة الأولى، فلا مانع من إعادة تكرار المحاولات بنفس الكيفية على أن لا يتعدى ذلك ست محاولات[1].

من خلال ما تقدم نستنتج قيام علاقة بين الطبيب والمريض المستفيد، فهذا الأخير تكون له الحرية في اختيار الطبيب المعالج له والذي يكون عادة متخصصا في عمليات التلقيح الإصطناعي، أو المساعدة الطبية على الإنجاب. وإن العقد المبرم بينهما يكيف على أنه عقد علاج طبي، وهو عقد رضائي وملزم للجانبين، حيث يلتزم الطبيب ببدل العناية اللازمة ويتحقق ذلك بتقديم العلاج المناسب للمريض واحترامه للقواعد العلمية المتبعة في العلاج، وكذا تخفيف الآلام عنه قدر الإمكان. بالمقابل يلتزم المريض بدفع مصاريف العلاج المتفق عليها، واحترام تعليمات الطبيب للوصول إلى تحقيق أفضل النتائج. وطالما أنه عقد، فإن إخلال أحد الطرفين بإلتزاماته التعاقدية يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.

بعد بيان الطريقة التي تجرى بها العملية يثار التساؤل حول مدى مشروعية هذه الوسيلة من الإنجاب، خاصة معرفة موقف المشرعين الفرنسي والجزائري على حد السواء (أولا)، وحيث أن العملية لا تجرى إلا بحضور الزوجين، فمن الضروري معرفة الشروط الواجب توافرها فيهما (ثانيا)، لنشير في الأخير إلى الحالة التي يكون فيها الزوج على قيد الحياة ولكنه محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، ما يجرنا لمعرفة إذا كانت الحالة تسمح له بالإستفادة من عملية التلقيح بنطفته، أم أنها تقف حاجزا أمام القضاء على مشكلة عقمه، وتحقيق رغبته في الحصول على ذرية (ثالثا).

[1]- Cf. L'insémination artificielle, les guides pratiques, 25 Février 2005, sur http://www.e-santé.fr; et l'arrêté du 12 Juillet 1999.

أولا: مدى مشروعية هذه العملية

تضاربت آراء الفقهاء حول هذه المسألة بين مؤيد ومعارض، غير أن الأغلبية ذهبوا إلى إباحتها، وذلك نظرا لعدم إثارتها لمشاكل قانونية خاصة بل على العكس، فهي تهدف إلى القضاء على ما يمكن أن تثيره مسألة العقم من أثار نفسية ومشاكل بين الزوجين.

أضف إلى ذلك، فإن التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته يعتبر وسيلة للتداوي، وهذا الأخير يعد أمرا مشروعا حفاظا على النفس البشرية.

ولا خلاف في أن الهدف من الإتصال الجنسي هو تحصيل النسل. فإذا تعذر تحقيق هذا الهدف بالطريقة الطبيعية، فإنه لا مانع من أن يلجأ الزوجين لهذا النوع من التلقيح، خصوصا أنه يحقق الغاية المرجوة من الزواج ألا وهي تحصيل الذرية.

لهذه الأسباب، تم الإتفاق على إباحة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته. فما هو موقف المشرع الفرنسي والجزائري منهما؟

1- موقف المشرع الفرنسي

تمت بفرنسا أول عملية تلقيح إصطناعي بين زوجين سنة 1804[1]، وأول قضية عرضت على القضاء الفرنسي بخصوص هذا الأسلوب من الإنجاب كان سنة 1883. ونظرا لعدم تنظيم المشرع الفرنسي آنذاك لمسألة التلقيح الإصطناعي، توجب على القضاء أن يعتمد على اجتهاده الخاص للفصل في القضايا المعروضة أمامه.

والحقيقة، أن القضاء الفرنسي كان موقفه في البداية صارما، إذ أنه رفض الإعتراف بهذا النوع من التلقيح. وظهر ذلك جليا من خلال القضية التي عرضت على محكمة Bordeaux بتاريخ 25 أوت 1883، حيث تتلخص وقائعها في لجوء زوجين كانا يعانيان من عدم القدرة على الإنجاب إلى إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة نطفة الزوج، وتمت العملية تحت إشراف الطبيب، إلا أنها لم تكلل بالنجاح مما أدى إلى استياء الزوجين، ورفضهما دفع أتعاب

[1]- Cf. Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique sur http:// www. génétique.org.Fr. p.1.

الطبيب المتفق عليها. فرفع هذا الأخير دعوى ضدهما يطالبهما من خلالها بدفع المبلغ. وفي المقابل طلب الزوجين تعويضا عن الأضرار التي لحقت بهما من جراء إفشاء الطبيب للسر المهني لوسائل الإعلام.

وبعد إطلاعها على كافة المستندات والحجج المقدمة من الطرفين، قضت المحكمة برفض الطلبات التي تقدم بها الطبيب وألزمته بدفع النفقات وحجتها في ذلك أن العملية باءت بالفشل، كما أنها لم تتوافر على الشروط المتطلبة للتدخل الطبي. وأن هذه التقنية لا تعتبر وسيلة لعلاج العقم، وإنما هي تخلق وسيطا بين الزوج وزوجته بإستعمال طرق إصطناعية لإتمام عملية الإنجاب. كما أنها قد تؤثر سلبا على الزوجين نتيجة استعمالها بطريقة سيئة. تم تأييد الحكم من قبل محكمة إستئناف Bordeaux بتاريخ 25 أفريل1884[1]. ومن تم، يتضح من خلال ما قضت به المحكمة، أنها لم تعترف بطريقة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج على قيد الحياة.

تعرض هذا الموقف القضائي الرافض لعملية الإنجاب بواسطة نطفة الزوج إلى النقد من طرف الفقه الفرنسي[2] الذي أعتبرها وسيلة لعلاج العقم وحافزا قويا للرفع من معنويات الزوجين والتخفيف من آلامهما النفسية.

عملا بهذا النقد، ونتيجة لتطور فكرة العلاج عن طريق التلقيح الإصطناعي ورواجها في المجتمع الفرنسي، وكذا إقبال العديد من الأزواج الذين يعانون من العقم عليها، عدل القضاء الفرنسي عن موقفه الصارم، وأباح هذا النوع من التلقيح. هذا ما قضت به محكمة استئناف Toulouse في قرارها الصادر بتاريخ 21 سبتمبر 1982.

من خلال ما تقدم ذكره نلاحظ أن الآراء كانت متضاربة بين مؤيد ومعارض لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج على قيد الحياة. غير أن المشرع الفرنسي قد تدخل سنة 1994

---

[1]- Cf. C.A. de Bordeaux, ch.civ, 25/04/1884, R.T.D.Civ., 1956, P.269, cité par :

- العربي الشحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي – دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه دولة، جامعة وهران، 1999-200، ص.177.

[2]- مقتبس من العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.180.

نظم مسألة التلقيح الإصطناعي بموجب قوانين والتي أتبعها بقرارات ومراسيم لتكملتها[1]. فأجاز اللجوء إلى المساعدة الطبية باعتبارها موجهة للإستجابة لطلب الإنجاب المقدم من قبل الشخصين الذين يعانيان عدم القدرة على تحصيل النسل بالشكل الطبيعي[2].

وما يدل على مشروعية هذا الأسلوب من التلقيح، هو أن المشرع الفرنسي نص صراحة على إمكانية خضوع الرجل والمرأة لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي شريطة أن يتم ذلك أثناء حياتهما[3].

2 - موقف المشرع الجزائري

لم ينظم المشرع الجزائري خلافا لنظيره الفرنسي مسألة التلقيح الإصطناعي بالشكل الكافي، إذ خصص لها مادة وحيدة في قانون الأسرة[4] التي أجازت هذا النوع من التلقيح بإشتراطها أن تتم العملية بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة أثناء حياتهما[5].

غير أن هذين التشريعين قد علقا إجراء هذه العملية على وجوب توافر عدة شروط.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي

يشترط لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي توافر بعض الشروط نقسمها إلى شرط موضوعي وأخرى خاصة بالزوجين.

---

[1]- Cf. Loi 94 - 653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, et la loi n° 94 – 654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médicale, à la procréation et du diagnostic prénatal. J.O.R.F n° 175 du 30 juillet 1994.

- Loi 2004 - 800 du 06 Août 2004, relative à la bioéthique, J.O.R.F du 7 Août 2004. Sur : http// www.chu-rouen.fr.

[2]-.L'art. 2141-2 du c.s.p. dispose que : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ».

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

[4]- أنظر، المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة.

[5]- تنص المادة 45 مكرر ف. 2 من ق.أ.ج على أنه: "يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما "؛

Cf. Nasreddine LEZZAR, Le nouveau code de la famille et l'insémination artificielle, journal el Watan du 02 juillet 2005, p.13.

1- الشرط الموضوعي

فيما يتعلق بالشرط الموضوعي، فإنه يتمثل في الضرورة العلاجية. هذه الأخيرة تعني أن رغبة الزوجين في الإنجاب غير كافية لممارسة عملية التلقيح، إنما ينبغي أن يكون أحدهما مصابا بمرض العقم وأن جميع المعالجات الطبية لم تعط نتيجة، فلا يبقى أمامهما سوى التداوي عن طريق الإنجاب الإصطناعي. هذا ويضيف المشرع الفرنسي حالة أخرى تدخل ضمن الضرورة، تتمثل في اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لتفادي انتقال مرض خطير للمولود إذا ما تم الإتصال الجنسي بين الزوجين بالشكل الطبيعي[1].

المشرع الجزائري، وعلى خلاف نظيره الفرنسي، لم ينص على شرط الضرورة من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة[2]، بالرغم من أن الفقه المعاصر هو الآخر علق إجراء العملية على توافر شرط الضرورة القصوى، التي عبر عنها باستحالة حمل المرأة عن طريق المرافقة الطبيعية. وهكذا يمكنها أن تعرض نفسها على الطبيب المختص، وطالما أن الحاجة متوفرة فلا مجال للحديث عن الإعتداء ، أو تجاوز الحدود الشرعية[3].

هذا عن الشرط الموضوعي، يا ترى ما هي الشروط الخاصة بالزوجين؟

2- الشروط الواجب توافرها في الزوجين

وجد التلقيح الإصطناعي من أجل القضاء على مشكلة العقم التي يعاني منها أحد الزوجين والتي تقف عائقا دون تحقيق رغبتهما في الإنجاب. فطالما أنهما المستفيدين الرئيسيين من العملية فلا بد من أن تتوافر فيهما شروط معينة التي يمكن حصرها في ما نصت عليه المادتين 152-2 و2141-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي والمادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وهي على النحو التالي:

---

[1]- L'art. 152-2 al. 02 du c.s.p. dispose que : « Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué .Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité ».

[2]- نشير هنا إلى أن المادة 426 من مشروع ق.ص.ج.لسنة 2003 جاءت بذات النص الوارد في المادة 152- 2 من ق.ص.ع.ف.

[3]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.98.

أ- وجود رابطة زواج أو حياة مشتركة

إشترط المشرع الفرنسي على الراغبين في اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي أن تجمعهما علاقة زوجية، بل وقد سمح لمن تربطهما علاقة حرة من الإستفادة كذلك من المساعدة الطبية للإنجاب شريطة أن يثبتا، خلافا للزوجين، أن توجد حياة مشتركة بينهما لمدة لانتقل عن السنتين[1].

غير أن هذه المسألة تثير مشكلة كيفية إثبات معاشرتهما الحرة لمدة سنتين؟

للإجابة على ذلك، يرى الفقه الفرنسي بأن:"المعاشرة الحرة تبث بواسطة عقد يمنحه قاضي الشؤون العائلية". وهذا بناء على ما نصت عليه المادة 372-1 من القانون المدني الفرنسي بقولها :

« Il est justifié de la communauté de vie entre les père et mère au moment de la reconnaissance de leur enfant par acte délivré par le juge aux affaires familiales établi au vu des éléments apportés par le demandeur » [2].

كما أكدت المادتان 152-2 و2141-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي على ضرورة إن يكون الراغبان في اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي من جنس مختلف، أي متكون من رجل وإمرأة. ويعني بهذا أن القانون الفرنسي يمنع منعا باتا إجراء هذه العملية على شخصين من نفس الجنس[3].

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لمتحدي الجنس، فهل هذا يعني أن نفس الحكم ينطبق على المغير الجنسي؟ بمفهوم المخالفة هل يسمح للشخص الذي قام بتغيير جنسه اللجوء إلى أسلوب التلقيح الإصطناعي؟

---

[1]- L'art. 2141-2 du c.s.p. proclame que : «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants ...., mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux (02) ans ».

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.101.

[3]- سمح القانون الفرنسي لشخصين من نفس الجنس بإقامة علاقة مشتركة وهذا ما يعرف بالباكس PACS وهو عقد وسط لا تطبق عليه ما ورد في القانون الفرنسي بشان الزواج، وأجازه القانون الفرنسي حتى يستفيد الأشخاص المرتبطين من نفس الجنس من الضمان الإجتماعي. راجع بشأن ذلك:

Patrick Nicoleau, Droit de la famille, Ellipses , Paris, 1995 , pp.80 et s.

للإجابة عن هذا التساؤل نقول أنه بالرغم من سكوت المشرع الفرنسي بشأنه غير أن هذا الشخص يمكنه الإستفادة من عملية التلقيح الإصطناعي إذا ما اعترف له القضاء بجنسه الجديد. وهذا الموقف قد تبنته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان 22 أفريل1997[1].

إن موقف المشرع الفرنسي لا نجده في القانون الجزائري، إذ إن هذا الأخير يتميز بصرامة إيجابية، وذلك باشتراطه أن يكون كل من الرجل والمرأة، محل التلقيح، مرتبطين بعقد زواج شرعي[2]. إذن يعد هذا الشرط منطقيا وضروريا للدلالة على جدية الزوجين في الإنجاب وتحقيق أسمى أغراض الزواج ألا وهو التناسل. أضف إلى ذلك فهو دليل على ترجيح المشرع وبصفة مطلقة للعلاقة الشرعية على العلاقة غير الشرعية[3].

يجدر بنا التنويه هنا إلى أن الزوجين المرتبطين بعقد عرفي لا يمكنهما الإستفادة من هذه التقنية الحديثة من الإنجاب إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا[4] وذلك من أجل إثبات حالتهما أمام المركز أو المؤسسة المتخصصة[5].

هذا ولا تطرح في ظل التشريع الجزائري حالة متحدي الجنس والمغير الجنسي مشاكل قانونية، إذ كلاهما ممنوعين من إجراء عملية التلقيح الإصطناعي لعدم شرعية مثل هذه العلاقات وعدم الإعتراف بها من قبل المشرع .

نشير في الأخير أن المشرعين الفرنسي والجزائري على حد السواء اشترطا أن تكون العلاقة مكونة من شخصين رجل وامرأة، مما يستبعد خضوع المرأة العزباء لعملية التلقيح الإصطناعي. وهذا أمر منطقي، فمن غير المعقول أن تنجب المرأة طفلا دون أب.كما أن السماح لها بإجراء العملية يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ويهدد النظام الإجتماعي

[1]- Cf. Jacqueline RUBELLIN –DEVICHI, Droit de la famille, D. Paris, 2001-2002, p. 482.

[2]- تنص المادة 45 مكرر ف. 03 من ق.أ.ج. على : " أن يكون الزواج شرعيا ".

[3]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 100.

[4]- أنظر المادة 22 من ق.أ.ج.

[5]- أنظر، تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.91.

الراهن ناهيك عما يترتب عليها من آثار سلبية ووخيمة على الطفل والمجتمع[1].

إن هذا الشرط لوحده لا يكفي لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي إذ لا بد أن يكون المستفيدان في سن يسمح لهما بالإنجاب.

ب- شرط السن

اشترط المشرع الفرنسي على المرأة والرجل الخاضعين لعملية التلقيح الإصطناعي أن يكونا في سن الإنجاب، هذا ما ورد النص عليه في المادة 152- 2 فقرة ثالثة من قانون الصحة العامة وأكدته المادة 2114- 2 من نفس القانون[2].

ولعل السبب في هذا يرجع من جهة إلى تجنب قبول طلب الإستفادة المقدم من قبل شخصين طاعنين في السن، ومن جهة أخرى، لتفادي الأمومة المتأخرة وفي كلا الحالتين تحقيق لمصلحة المولود [3].

والجدير بالملاحظة وإن كان المشرع الفرنسي قد، إشترط سن الإنجاب فانه مع ذلك لم يحدد سنا معينا بالضبط إنما جعل أمر تحديده متروكا لتقدير الطبيب، وذلك حسب اقتناعه وحسب الحالة المعروضة أمامه. وفي حالة ما إذا تبين له أنهما فقدا طبيعيا خاصية الإنجاب لكبرها في السن يرفض مباشرة إجراء العملية لهما[4].

مع أن المشرع الفرنسي نص على ضرورة أن يكون المستفيدان من العملية في سن يسمح لهما بالإنجاب إلا أنه كان من المستحسن أن يقوم بتحديد سنا معينا، ذلك أنه إذا تعلق الأمر بشخصين تربطهما علاقة زواج فعدم تحديد السن الأدنى لا يطرح أي إشكال لأنهما يكونان قد بلغا السن المفروض للزواج. أما عن السن الأقصى فيتعين تحديده وهذا مراعاة لمصلحة المولود الذي يفترض أن يترعرع في وسط أسرة قادرة على التكفل به.

---

[1]- انظر، مروك نصر الدين،المرجع السابق، ص.405؛

Mostefa KHIATI, L'islam et bioéthique , réponse de l'éthique de l'islam aux progrès technologiques médicaux, éd. Forem , p.58.

[2]- «L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer,… ».

[3]- Cf. Patrick COURBE, Droit de la famille, coll. Compact, Armand Colin, 2ème éd. 2001, p. 348.

[4]- Cf. Jacqueline RUBELLIN –DEVICHI, op.cit., p. 482.

وإذا تعلق الأمر بشخصين تربطهما علاقة حرة، فإن مشكلة عدم تحديد السن تزداد تعقيدا، وهنا يصبح من الضروري ضبط سن أدنى وآخر أقصى. إذ من غير المعقول أن يسمح لمن لم يبلغ بعد سن الرشد والزواج أن يتوجه إلى المركز ويستفيد من هذه التقنية المتطورة فقط لكونه قادر على الإنجاب. فهذا المعيار لوحده غير كافي إذ لا بد من توافر معايير أخرى كإدراكه بمسؤولية الأسرة واستعداده النفسي والمادي لاستقبال مولود.

أما بخصوص المشرع الجزائري فلم ينص في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على شرط السن مع أن مشروع قانون الصحة لسنة 2003 احتوى هذا الشرط[1].

وفي اعتقادنا، طالما أن المشرع لا يسمح إلا بالعلاقات الشرعية فإن تحديد سن أدنى من أجل الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي لا ضرورة له فشرط قيام العلاقة الزوجية كاف وبهذا يكون السن الأدنى لا يقل عن تسع عشرة سنة.

لكن الأمر يختلف بالنسبة للسن الأقصى، إذ لا بد من تحديده وهذا حتى لا تختلف المراكز بشأنه فتعطي بعضها فرصة الإستفادة للمصابين بالعقم الطاعنين في السن بينما يرفض البعض الآخر إجراءها لهم بسبب تقدمهم في السن. وبالنص عليه يتراح عن المراكز عبء تحديده ويعامل غير القادرين على الإنجاب بطريقة متساوية.

مع أن تحديد السن يعد ضروريا، إلا أن اقتناع المستفيدين ورضاهما على إجراء العملية يعد أهم شرط لتنفيذها.

ج- شرط الرضا

إلى جانب الشرطين السابقين، فإنه من الضروري أيضا أن يعبر الراغبان في التلقيح الإصطناعي عن رضاهما قبل إجراء العملية، وأن يتمسكا به إلى حين إجرائها. وهو الأمر الذي

[1]- L'art. 427 de l'avant projet de la loi sanitaire dispose que: «L'assistance médicale à la procréation est destinée exclusivement à répondre à la demande d'un homme et une femme en âge de procréer ».

نص عليه كل من المشرع الفرنسي[1] والجزائري[2].

وما ينبغي ملاحظته هنا عن التشريع الفرنسي هو أنه بعد أن يتأكد الطبيب بأن الزوجين أو الرفيقين مصران على الخضوع للعملية، يقوم بتذكيرهما بإمكانية اللجوء إلى نظام التبني وإعلامهما بأن العملية قد تكلل بالنجاح كما أنها قد تبوء بالفشل ثم يمهلهما مدة شهر للتفكير ابتداء من أخر مقابلة أجريت بينهما. بانقضاء تلك المدة، إذا بقي الشخصان متمسكين برغبتهما في الإنجاب الإصطناعي فإن طلبهما يحرر كتابيا[3] .

وبهذا يعبران صراحة عن رضاهما بإجراء العملية في شكل كتابي. وإذا ما إستدعى الأمر إخضاع الزوجة لعدة محاولات للتلقيح الإصطناعي، فإنه يجب أن يحرر ذلك. كتابيا في كل محاولة. وهذا حتى يتم التأكد من عدم رجوعهما عن قرارها في الإنجاب الصناعي[4].

والواقع، أنه لا مانع في أن يتراجعا عن هذا الرضا، ولكن شريطة أن يتم ذلك قبل الشروع في العملية وأن يحرر التراجع كتابيا ويسلم للطبيب المكلف بإجراء التلقيح[5].

وكما يصبح الرضا باطلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو مباشرة أحدهما إجراءات الطلاق، أو يكونا في حالة إنفصال أو تتوقف الحياة المشتركة بين الرجل والمرأة الذين تربطهما علاقة حرة[6].

هذا عن التشريع الفرنسي، أما المشرع الجزائري فقد اشترط أن يعبر الزوجان عن رضاهما على التلقيح الإصطناعي.

---

[1]- .L'art. 152-2 al. 3 du c. s. p. proclame que : «l'homme et la femme consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ».

[2]- وتنص المادة 45 مكرر ف. 2 من ق.أ.ج.: " أن يكون التلقيح برضا الزوجين ".

[3]- Cf. Patrick COURBE, op.cit., p. 360.

[4]- Cf. Arrêté du 12 juillet 1999.

[5]- L'art. 311- 20 al. 3 du c. civ. dispose que : «...Il (le consentement) est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette assistance ».

[6]- L'art. 311 -20 al 3 du c. civ. proclame que: « Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée ...».

وحتى يكون الرضا صحيحا يشترط أن يكون الزوجان بالغان سن 19 سنة على الأقل وهي في ذات الوقت أهلية زواج[1] وأهلية مباشرة التصرفات القانونية[2].

وينبغي الإشارة في هذا الصدد، إلى أن مشرعنا يجيز للقاصر أي لمن لم يبلغ بعد أهلية الزواج أن يتزوج شريطة حصوله على إذن قضائي بالزواج[3] . فهل هذا يعني أن الشخص المؤذن له قضائيا بالزواج يعتد برضاه بشأن التلقيح الإصطناعي قبل بلوغه سن الرشد القانوني[4]؟

الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالنفي. فالقاصر المتحصل على الإذن القضائي بالزواج لا يمكنه إبداء موافقته بشأن التلقيح الإصطناعي. والسبب في ذلك راجع إلى أن[5]:

- الأهلية التي يتحصل عليها الزوج القاصر[6] غير كافية لإبداء موافقته على التلقيح الإصطناعي لأن المشرع حددها فقط بالنسبة للدعاوى القضائية دون التصرفات القانونية الأخرى.

- العقد القائم بين الزوجين بشأن التلقيح الإصطناعي لا يندرج ضمن العقود التي يكون القاصر المرشد أهلا لإبرامها[7].

وعليه، إن السن الدنيا للموافقة على التلقيح في حالة الإذن القضائي بالزواج هي السن الدنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج قانونا[8].

---

[1]- راجع المادة 7 ف.1 المعدلة من ق.أ.ج.

[2]- أنظر المادة 40 من ق.م.ج. والمادة 86 من ق.أ.ج.

[3]- تنص المادة 7 ف.1 المعدلة من ق.أ.ج على أنه: " ... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

[4]- أنظر، تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.56- 57 .

[5]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.57.

[6]- بناء على ف.2 من المادة 7 المعدلة من ق.أ.ج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

[7]- حيث أن المشرع نص صراحة في المادة 38 الفقرة الثانية المعدلة بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المغير والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المغير والمتمم، المتضمن القانون المدني بأن القاصر المرشد له موطن خاص بالنسبة للعقود التي يكون أهلا لإبرامها.

[8]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.57.

إلى جانب أهلية الزواج، يشترط أن يكون من صدر منه الرضا متمتعا بكامل قواه العقلية و لم يحجر عليه. من هنا يمكن القول أن تصرف المجنون والمعتوه لا يثير أي إشكال من حيث عدم صحة العقد المتعلق بالتلقيح. فماذا عن السفيه؟ هل يخضع لنفس الحكم[1]؟

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي أن نفرق بين حالتين. فإذا كانت الزوجة هي المصابة بالسفه فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد المتعلق بالتلقيح. بيد أن الأمر يختلف إذا كان الزوج هو المصاب. فباعتباره المسئول عن دفع نفقات التلقيح العديدة والباهظة يشترط أن يكون بالغا رشيدا[2].

وكذلك يشترط أن يكون الرضا حرا من العيوب كالغلط أو الإكراه أو التدليس. فإذا شاب أحد هذه العيوب رضا أحد الزوجين، فإن له أن يتراجع عن رضاه. علما أن هذا التراجع يكون ممكنا ما دام مسبقا على إجراء العملية، ومستحيلا حال البدء في تنفيذها لأن الجنين أصبح أمرا واقعا[3]. وحتى لا يكون الرضا معيبا من الوجهة القانونية يتوجب على الطبيب إعلام الزوجين بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الاصطناعي، ونسبة النجاح المتوقعة، ومدى خطورته عليهما وعلى صحة المولود، وغير ذلك من المعلومات التي من شأنها حمل الطرفين على اتخاذ القرار السليم[4].

هذا ويشرط أن لا يتم تعليق رضا أحد الزوجين على شرط معين، كأن يوافق الزوج على خضوع زوجته للتلقيح شريطة أن تنجب له ذكرا، أو أن يتم التخلي عن الطفل إذا ولد مشوها. لأن مثل هذه الشروط تعد باطلة وتجعل الإتفاق باطلا[5].

ومع أن المشرع اكتفى بالنص على شرط التعبير عن الرضا دون تبيان الشكل الذي يجب أن يحرر فيه[6]. إلا أن المنطق يفرض أن يحرر في شكل كتابي ليكون أكثر ضمانا وحجة على

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.57- 58.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.58.

[3]- أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.93.

[4]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.62-63.

[5]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.65.

[6]- نشير إلى أن مشروع ق.ص.ع.ج. نص على أن يتم التعبير عن الرضا كتابيا حيث جاء في المادة 427 منه ما يلي:
« ...Le couple doit exprimer sa demande d'assistance médicale à la procréation par écrit ».

الزوجين أو أحدهما، وأن يعاد تحريره عند كل محاولة وذلك ليتم التأكد من أن الزوجين لا يزالان متمسكين برغبتهما في الخضوع للعملية و لم يتراجعا عن قرارهما بسبب استيائهما من فشل المحاولات السابقة.

بالإضافة إلى ذلك لا يمكن الاعتداد بالرضا في حال فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة لأن المشرع اشترط لإجراء العملية قيام العلاقة الزوجية ووجود الزوجين على قيد الحياة[1]. وهنا لنا أن نتساءل عما إذا كان من الممكن إجراء عملية التلقيح للزوجة التي وافق زوجها على ذلك قبل دخوله في حالة غيبوبة؟

طالما أن رضا الزوجين ينبغي أن يكون قائما فور إجراء عملية التلقيح الإصطناعي، وأن دخول الشخص في الغيبوبة سيحول دون تحقيق ذلك، فإنه لا يجوز في هذه الحالة إجراء العملية[2].

وبخصوص المشاكل الناجمة عن تخلف الرضا وكذا ما يترتب عنه من مسؤولية سواء بالنسبة للطبيب أو الزوجين سنتعرض لها في الفصل الثاني[3].

هذا وقد اشترط المشرع الجزائري إلى جانب الشروط السالفة الذكر أن يتم تلقيح المرأة بماء زوجها ليمنع بذلك تدخل رجل أجنبي[4] مع عدم جواز الإستعانة بالأم البديلة[5].

ونحن بصدد معالجة أسلوب التلقيح الإصطناعي بمني الزوج أثناء حياته تعترضنا حالة خاصة والمتمثلة في حالة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية. فهل يستفيد هذا الأخير من هذه التقنية المتطورة من الإنجاب؟

---

[1]- أنظر، المادة 45 مكرر من ق.أ.ج.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.64.

[3]- أنظر، الفرع الأول من الفصل الثاني تحت عنوان المشاكل القانونية الناجمة عن تدخل الطبيب، ص.139 وما بعدها من هذه الدراسة.

[4]- سنعالج هذه المسألة من خلال المطلب الثاني من المبحث الأول تحت عنوان التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، ص.35 وما بعدها.

[5]- سنتطرق لهذا الموضوع في المطلب الثاني من المبحث الثاني تحت عنوان التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، ص.103 وما يليها.

ثالثا: حالة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية

على الرغم من أن المشرع الفرنسي قام بتنظيم مسألة التلقيح الإصطناعي بشكل دقيق، حيت خصص لها العديد من القوانين والمراسيم والقرارات، فأباح من خلالها للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج، إلا أنه أغفل معالجة الحالة التي يكون فيها الزوج على قيد الحياة ومصاب بالعقم لكن محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية. وكما أن المشرع الجزائري، على غرار المشرع الفرنسي، أباح عملية التلقيح بنطفة الزوج و لم يتعرض هو الأخر لهذه الحالة.

وقد أثار الفقه الفرنسي هذا التساؤل من حيث معرفة مدى مشروعية اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي إذا كان الزوج محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وانقسم بشأن الإجابة عنه إلى فريقين. ذهب إتجاه إلى القول بعدم حرمان المحكوم عليه بحقه في الإنجاب كون أن هذا الأخير يعد من الحقوق الشخصية المنصوص عليه بالمواثيق الدولية وبعض الدساتير والقوانين الحديثة. وأنه طبقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا يجب أن تمتد العقوبة إلى الحقوق الخاصة بالمحكوم عليه ومنها حقه في الإنجاب. ويضيف هذا الرأي قائلا أن الزوج قد يحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدى مما يترتب عليه فقدان المحكوم عليه وزوجته القدرة على الإنجاب لتقدمهما في السن[1].

أما الفريق الثاني، فيميز بين الحالة التي تكون فيها العقوبة قصيرة المدى وبين الحالة التي تكون فيها العقوبة طويلة المدى فذهب إلى القول بجواز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي في الحالة الأولى لكونها لا تطرح مشاكل، وخصوصا إذا لم يكن المحكوم عليه على درجة من الخطورة. ورفض جواز اللجوء إليه في الحالة الثانية، لأن العقوبة في هذه الحالة تنفذ داخل مؤسسات مغلقة لا تسمح للأسرة بزيارة المحكوم عليه، وبالتالي تعرقل إجراء العملية التي تتم تحت مراقبة خاصة[2].

في حين يرى الدكتور مروك نصر الدين بأنه لا مانع من أن يستفيد الزوج المحكوم عليه بالعقوبة من عملية التلقيح الإصطناعي شريطة أن يباشرها مختصون وفي أماكن معدة خصيصا

[1]- مقتبس من إيهاب اليسر أنور، المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب، جامعة القاهرة، 1994، ص.278.

[2]- مقتبس من إيهاب اليسر أنور، المرجع السابق، ص.279.

لذلك وأن تتم تحت إشراف طبي دقيق ويراعى فيها الإلتزام بالسر المهني، مع ضمان منع إختلاط النطف وتحقق شرط الضرورة الممثل في إصابة الزوج بالعقم لا يتم علاجه إلا باللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي وبهذا يمارس حقه المشروع في الإنجاب[1].

من خلال ما تقدم نجد أن لكل اتجاه رأيه وحججه. فإذا أخذنا بالإتجاه الأول نقول، صحيح أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تقضي بعدم امتداد العقوبة للحقوق الشخصية للمحكوم عليه إلا أنه لا ينبغي تطبيق هذه القاعدة هنا لأننا أمام حالة استثنائية وهذه الحالة لا تخص المحكوم عليه فقط إنما تمتد آثارها إلى الأسرة ككل. لهذا من المجحف التفكير بمصلحة المحكوم عليه لوحده وعدم النظر إلى ما يخدم مصالح الزوجة والولود.

أما عن الإتجاه الثاني نرى أن فكرة التمييز بين قصر المدة وطولها فكرة جيدة، لكننا نقول أنه إذا كانت المدة قصيرة المدى فمن المستحسن أن ينتظر المحكوم عليه انقضاءها وعند خروجه يباشر العملية في ظروف عادية وسط أسرته ودون أن تواجهه مشاكل الإجراءات. بالمقابل نسير على رأي هذا الإتجاه بشأن طول المدة ونؤكد على ضرورة عدم السماح للمحكوم عليه من الإستفادة من هذه التقنية الحديثة للإنجاب ليس لسبب أن الإجراءات ستعرقل فحسب وإنما هناك عدة أسباب تبرر هذا المنع منها:

- لا فائدة من إجراء العملية في هذه الحالة لأن المحكوم عليه وإن كان سيمارس حقه في الإنجاب فلن يمارس حقه في السلطة الأبوية.
- صحيح أن المتضرر الرئيسي من هذا المنع هي الزوجة لأنها ستفقد حق الأمومة، لكننا نتساءل هل ستتمكن هذه الأخيرة من تربية المولود تربية سليمة؟ وهل باستطاعتها أن توفر له جميع حاجاته وتلبي كل احتياجاته في غياب رب الأسرة؟
- من مصلحة المولود أن لا يولد ووالده محكوم عليه بعقوبة طويلة المدى فمن الممكن جدا أن يتأثر سلوكه ويسلك مسلك الإنحراف.

[1]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 403 وما بعدها.

ختاما وفيما يتعلق برأي الدكتور مروك نصر الدين، مع أننا نحترم رأيه إلا أننا لا نشاطره لسبب بسيط هل نحن مؤهلون فعلا لإحترام الشروط المذكورة؟ إذا كانت العملية في الظروف العادية تولد عدة مشاكل كتبديل المني واختلاط الأنساب ناهيك عن الغش الطبي ومشاكل أخرى، فما بالك إذا تم إجراؤها في هذه الحالة الإستثنائية؟

والواقع أنه في الجزائر، يعتبر الأمر مستحيل التطبيق فمراكز حفظ وتجميد السائل المنوي لم ترق بعد إلى المستوى الذي يؤهلها لمنح الفرصة للمحكوم عليه للإنجاب ولا تتوافر على الوسائل والإمكانيات التي تمكنها من إجراء العملية.

وفوق هذا كله، غالبا ما يرتكب المحكوم عليه الجريمة لضعف مستواه الإجتماعي فمن أين له أن يأتي بتكاليف العملية مع العلم أنها باهظة جدا؟ ثم إنه لا يسمح للمحكوم عليه القادر على الإنجاب بالطريقة الطبيعية بممارسة هذا الحق، فلماذا تمنح للبعض بينما يحرم منها البعض الآخر؟

استنادا لما تقدم، نحن لسنا مع فكرة حرمان المحكوم عليه من حقه في الإنجاب لكونه سجين، إنما نفضل عدم جواز هذه التقنية الحديثة من الإنجاب في هذه الحالة الإستثنائية نظرا لما قد ينجم عنها من آثار سلبية ومشاكل وطالما أن ضررها أكثر من نفعها فلا بد من استبعادها.

إذا كان كل من المشرعين الفرنسي والجزائري أباحا أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته، فكيف يكون موقفهما إذا توفي الزوج ورغبت زوجته في الإنجاب بواسطة هذه التقنية الحديثة؟

الفرع الثاني

ممارسة التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج

توصلت الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية إلى إمكانية تجميد السائل المنوي. وقد أجريت أولى المحاولات على الحيوانات سنة 1950 فكللت العملية بالنجاح. الأمر الذي

أدى إلى التفكير في استخدام هذه التقنية على السائل المنوي للرجل، وقد تم ذلك فعلا في بداية الستينات[1].

نجاح هذه التقنية دفع الدول إلى المسارعة بإنشاء مراكز تجميد وحفظ السائل المنوي "Centre d'étude et de conservation du sperme (C.E.C.O.S)"، وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية واليابان السباقتين في إنشائها وذلك سنة 1963.

أما في فرنسا، فإن هذه التقنية بدأت في التطور منذ أن أنشئ أول بنك لحفظ وتجميد السائل المنوي على مستوى مستشفى "Kremlin–Bicêtre" سنة 1973 من قبل الدكتور " George David". وفي نفس السنة تم إنشاء بنك آخر على مستوى مستشفى "Necker " بباريس من طرف الدكتور "Albert Netter"، ليتولى الدكتور" André Mattei " تأسيس بنك آخر بمرسيليا سنة 1980. وبعدها شهدت فرنسا ظهور عدة مراكز أخرى[2].

وبخصوص الجزائر، فلم تشهد لحد الآن ظهور هذه المراكز، ولعل السبب يرجع لحداثة الموضوع، وعدم توافر الإمكانيات المادية لتأسيسها وتزويدها بالآلات الضرورية، ناهيك عما تثيره من مشاكل قانونية.

تهدف هذه المراكز، من جهة، إلى تطوير الدراسات المتعلقة بالسائل المنوي، وتكوين وحدات لحفظه وكذلك تعيين وحصر حاجيات البحث العلمي والعلاجي، وتحسين مستواه. ومن جهة أخرى، فهي تهدف إلى حفظ أكبر عدد ممكن من الحيوانات المنوية لاختيار الأنسب والأكثر فعالية لإنجاح عملية التلقيح، وحفظ السائل المنوي للزوج المهدد بإصابته بالعقم في المستقبل. وكذلك تلقيها للنطف المتنازل عنها وحفظها لإعادة التبرع بها لأشخاص يعانون عدم القدرة على الإنجاب، أو مصابون بأمراض خطيرة يخشى إنتقالها إلى المولود[3].

---

[1]- Cf. Michel BAUR, Miroir d'une bioéthique expérimentale, l'intégration au service public hospitalier et devenir de leur identité, sur www. Génétique. org.fr.

[2]- Cf. André CLAVERT, la fédération Française des CECOS, l'heure du doute, insémination artificielle: Enjeux et problèmes éthiques, - Ethiques et sciences -, éd. John LIBBEY Eurotext , Paris, 1994, p.17.

[3]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 18 وما بعدها.

وباعتبار أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح، بمعنى أن غرضها ليس ذو طابع تجاري، فهي تكتفي بمصاريف الحفظ فقط. وطالما أنها تهدف إلى المساعدة الطبية على الإنجاب، فلابد أن تتحصل على رخصة إدارية مسبقة لممارسة نشاطها، ويتوجب عليها تقديم تقرير سنوي عن نشاطاتها وما حققته من نتائج لوزير الصحة. شأنها في ذلك شأن المؤسسات والعيادات الخاصة التي تجرى فيها عمليات التلقيح الإصطناعي.

فهذه المراكز منظمة بشكل دقيق، ونشاطها مراقب من طرف عدة لجان متخصصة. فمثلا في فرنسا تم تأسيس الفيدرالية الفرنسية لمراكز حفظ السائل المنوي سنة 1981، ترأسها الدكتور " George David". ومن بين مهامها: إبداء رأيها بشأن الملفات المودعة لدى المركز والتي تطرح مشاكل صحية أو وراثية. ويبقى هذا الرأي إستشاريا فقط، إذ أن القرار الأخير يعود إلى المركز.

وإلى جانب الفيدرالية، توجد لجان أخرى مثل: "La Commission de Génétique" تولى إدارتها الدكتور "Pierre Jalbert" ، "La commission de réflexion éthique" قامت بتنظيمها الدكتورة " Marie-Odile Alnot"[1].

وتنظم هذه المراكز المتشكلة من مجموعة متعددة الإختصاصات تضم الأطباء، الممرضين والأطباء المتخصصين في الأمراض العقلية والنفسية، إجتماعات بين المستفيدين الجدد والمستفيدين القدامى الذين ينقلون لهم تجربتهم وحصولهم على أطفال ناجمين عن عملية التلقيح الإصطناعي. كما يتولى الأطباء مهمة الإهتمام بهؤلاء المستفيدين ومساعدتهم في التقليل من درجة الخوف والقلق، وإحاطتهم بالمعلومات الضرورية المتعلقة بالعملية[2].

ولكن بالرغم من أن هذه المراكز حققت نتائج إيجابية، إلا أنها وبالمقابل أثارت العديد من المشاكل القانونية. وكما ساهمت في ظهور أسلوب جديد من التلقيح الإصطناعي يتمثل في تلقيح إمرأة بمني زوجها بعد وفاته. إذ أن الزوجين غير القادرين على الإنجاب والراغبين في

[1] - Cf. André CLAVERT, op.cit., p.18 .

[2]- Cf. Marine CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, Un bébé sur commande, tout ce qu'il faut savoir sur l'assistance médicale à la procréation, Magazine de la santé au quotidien, Marabout, 2006, pp. 90 et s.

الحصول على ذرية عن طريق الإنجاب الصناعي، قد يتوجهان إلى المركز من أجل حفظ وتجميد مني الزوج. غير أن هذا الأخير يتوفى قبل إتمام مراحل العملية، وهو الأمر الذي يدفع بأرملته إلى اللجوء إلى المركز لتطالب بمني زوجها المحفوظ. هنا يقع الإشكال: هل يسلم لها المركز مني زوجها المتوفى عنها؟ وهل يسمح لها بإجراء عملية التلقيح الإصطناعي في غياب زوجها؟

للإجابة عن هذين السؤالين، لابد من معرفة موقف الفقه من هذا الأسلوب (أولا)، وكيف عالج القضاء الفرنسي هذا المشكل في غياب النصوص التشريعية (ثانيا)، وما كان موقف المشرع الفرنسي حينما تدخل سنة 1994، مع بيان موقف المشرع الجزائري منها (ثالثا).

أولا: موقف الفقه الفرنسي من التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة

قبل أن ينظم المشرع الفرنسي مسألة التلقيح الإصطناعي، ويتبين موقفه بصراحة من أسلوب الإنجاب الصناعي بعد الوفاة، كان يثار التساؤل حول معرفة مدى مشروعية الإتفاق المبرم بين الزوجة والطبيب والذي يكون محله إجراء عملية التلقيح بواسطة السائل المنوي المحفوظ والمجمد للزوج المتوفى عنها؟

الإجابة عن هذا التساؤل كانت محل خلاف بين الفقهاء، مما أدى إلى إنقسامهم إلى فريقين، حيث ذهب الفريق الأول إلى تأييد هذا الأسلوب من التلقيح، في حين عارضه الفريق الثاني ولكل منهما حججه.

1- حجج المؤيدين لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة

ذهب المؤيدون[1] لهذه العملية إلى القول أنه يحق للأرملة أن تلجأ إلى مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي للمطالبة باسترجاع مني زوجها المتوفى عنها، بغرض الإستعانة به لإجراء العملية وتحقيق الحمل وحجتهم في ذلك ما يلي:

أ- إن الذرية تساعد على تقوية وتمتين العلاقة التي تربط بين الزوجين، فإذا لم تتحقق رغبتها في الإنجاب أثناء حياتهما وتوفي الزوج، فإنه يحق لأرملته اللجوء لهذا النوع من التلقيح،

[1]- أنظر، رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996، ص.39 وما بعدها .

باعتباره الأمل الوحيد لديها في تحقيق رغبتها في إنجاب مولود منه، يمكنها من حفظ ذاكرته ويساعدها على التخفيف من صدمتها في فقدانه، ويؤنسها وحدتها.

ب- طالما أن القانون الفرنسي، أجاز للمرأة التي تعيش بمفردها أن تلجأ إلى نظام التبني وفق شروط معينة حتى تتحصل على طفل، فإنه من غير المنطقي أن تحرم الأرملة من حقها في الإنجاب من زوجها المتوفى عنها، لاسيما وأن ذلك لم يعد مستحيلا بإكتشاف أسلوب التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة.

ج- أجاز القانون الفرنسي الزواج بعد الوفاة "Le mariage posthume" بموجب المادة 171 من القانون المدني الفرنسي، وهو يعترف بالرضا المعبر عنه قبل الوفاة. قياسا عليه، لابد من الإعتراف برضا الزوج ورغبته في خضوع زوجته لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفته بعد الوفاة.

وبناء على هذا القياس، يرى الفقه أنه على الأرملة الراغبة في الحصول على طفل من زوجها المتوفى عنها، أن تتوجه إلى المركز وتطالب بمنيه المجمد. ويضيف قائلا أنه يتوجب على المركز أن لا يعارض لطلبها متى تبين له أن الإرادة الحقيقية أو المفترضة للزوج قد اتجهت قبل وفاته إلى قبول خضوع زوجته لعملية التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة.

لهذه الحجج اعترف هذا الفريق بمشروعية الإتفاق الذي يكون محله إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة [1]. فما هي حجج الفريق الثاني؟

2- حجج المعارضين لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة

في حين ذهب غالبية الفقه الفرنسي[2] إلى إضفاء عدم المشروعية على الإتفاق المتعلق بهذا الأسلوب من التلقيح، وإستندت على حجج جاءت في معظمها كرد فعل على حجج المؤيدين وهي على النحو التالي:

---

[1]- انظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 25 ؛

Cf. Roberto ANDORNO, La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, 1996, p.195.

[2] - Cf. Raymond GUY, La procréation artificielle et le droit français, J.C.P.,1983, 1 ,3114.

أ- إن الهدف من عملية التلقيح الإصطناعي هو القضاء على مشكلة العقم التي يعاني منها أحد الزوجين، وليس تحقيق رغبة الأرملة في الإنجاب أو مساعدتها على حفظ ذاكرة زوجها المتوفى، وإن بحثها عن صورة الزوج الذي فقدته في إبنها يضفي على طباعها وتصرفاتها نوع من اللبس والغموض. كما أن مشكلة العقم تنقضي بالوفاة، فينتفي معها الهدف المرجو من العملية، وعليه لاحق للأرملة في الإنجاب بعد وفاة زوجها.

ب- لا يمكن إضفاء الطابع الشرعي على لجوء الأرملة للتلقيح الإصطناعي بمني زوجها المتوفى عنها حتى وإن كان القانون قد أجاز للمرأة التي تعيش بمفردها الإستفادة من نظام التبني، فإجراء قياس بين الحالتين أمر غير منطقي.

ج- إن إفصاح الزوج عن رضاه قبل وفاته لا ينفي عدم مشروعية هذا الأسلوب من التلقيح. فالرضا يجب أن يتم أثناء حياة الزوجين، وعلى المكلف بإجراء العملية أن يتأكد من رضاهما وحضورهما معا وقت إجراءها.

د- يعتبر الإتفاق باطلا كون أن التركيبة الأسرية تعتبر خارج التعامل التجاري. كما أن الإتفاق على التخلص من مشكلة العقم وإنجاب مولود يجب أن يكون مشروع الأبوين معا. وأن يتحقق ذلك ما داما على قيد الحياة. وفي هذا يقول الأستاذ "Cornu":" لا يحق للأم أن تنفرد بإنجاب مولود فتساهم هي محو أصله، ولا يحق لها أن تحرمه من حقه في البحث عن والده"[1].

ه- يعتبر سبب الإتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام والآداب العامة، إذ لا يحق لأي شخص كان أن يستقبل طفلا بدون أب، فيحرمه مسبقا من حقه في الأبوة وإن الإتفاق الذي يهدف إلى تلقيح إمرأة بمني رجل متوفى يتعارض مع نص المادة 06 من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه:

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

[1]- Cf. Gérard CORNU, Droit civil, la famille, Paris, 1984, p.422.

بالإستناد على هذه الحجج، توصل الرأي الثاني من الفقه إلى إضفاء عدم المشروعية على التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، واعتبر أن كل إتفاق من شأنه يعد باطلا[1].

هذا عن موقف الفقه الفرنسي بشأن هذا الأسلوب من التلقيح، فما هو موقف القضاء الفرنسي خاصة قبل صدور قانون 1994 وقانون 2004؟

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي من ممارسة التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة قبل صدور قانون 1994 وقانون 2004

إختلفت الأحكام القضائية الفرنسية الصادرة بهذه المسألة، من خلالها يتبين لنا موقف القضاء المؤيد من موقفه المعارض لها.

1 – موقف القضاء المؤيد لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة

يتجلى موقف القضاء المؤيد لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة من خلال القضية التي فصلت فيها محكمة Créteil بتاريخ 01 أوت 1984، والتي كان لها صدى كبير على مستوى الرأي العام والفقه القانوني الفرنسي. تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد"Alain Parpalaix" أصيب بمرض السرطان على مستوى الخصية، فنصحه الطبيب المعالج له باللجوء إلى مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي لإيداع عينات من سائله المنوي، قبل البدء في العلاج بالأشعة التي من المحتمل أن تضعف قدراته الإنجابية، أو تصيبه بالعقم التام. وهو الأمر الذي فعله السيد "Alain Parpalaix"، حيث وبتاريخ 07 ديسمبر 1981 أودع سائله المنوي لدى المركز. وبعدها تدهورت حالته الصحية فقرر الزواج بصديقته "Corrine" بتاريخ 23 ديسمبر 1983، ليتوفى بعدها بيومين.وبعد وفاته لجأت أرملته إلى المركز لتطالبه باسترجاع مني زوجها المتوفى عنها من أجل أن تلقح به اصطناعيا. لكن هذا الأخير رفض طلبها، مما دفعها إلى رفع دعوى أمام محكمة "Créteil" مطالبة بموجبها إصدار حكم ضد المركز بتسليمها السائل المنوي المحفوظ لديه. وقد استندت في حجتها على أن العقد الذي كان يربط زوجها والمركز يعتبر عقد وديعة يخضع

---

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.25 وما بعدها؛

Jean Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, Produire l'homme de quel droit? étude juridique et éthique des procréations artificielles, Paris, 1985, p.49; Jacqueline Rubellin - Devichi , op.cit. , p.483.

لأحكام المواد 1915 إلى 1954 من القانون المدني الفرنسي. وإنه في قضية الحال تستفيد من تطبيق المادة 1932 فقرة 01 التي تلزم المودع لديه برد الشيء نفسه الذي استلمه،كما طالبت بتطبيق المادة 1939 من نفس القانون التي تنص على أنه في حال وفاة المودع، فإن الشيء المودع يسلم إلى الوارث إذا كان منفردا، أو إلى الورثة إذا تعددوا كل حسب نصيبه. وفي حالة إذا كان الشيء المودع لا يقبل القسمة فعلى الورثة أن يتفقوا فيما بينهم على من يتسلمها. وباعتبار أن والدا المتوفى قد تنازلا على السائل المنوي لصالح أرملته، فيبقى الشيء المودع من حقها لوحدها وعلى المركز أن يمتثل لطلبها. بدوره المركز اعترض على طلبات المدعية ورد عليها كالتالي:

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

- إن العقد الذي أبرم بين المتوفى والمركز يمكن تكييفه على أنه عقد طبي لأنه يهدف إلى حفظ عينات من السائل المنوي لأجل استخدامها في علاج المريض، وباعتباره ذو طابع شخصي فإنه ينتهي بوفاة المريض ولا يمكن أن يتعدى ورثته.

- إن المتوفى، قبل وفاته، لم يعبر عن رضاه لخضوع زوجته لعملية التلقيح الإصطناعي بسائله المنوي المحفوظ بعد وفاته.

لهذه الحجج اعتبر المركز أنه غير ملزم بتسليم السائل المنوي للأرملة، وطالب المحكمة برفض طلب هذه الأخيرة.

بعد إطلاعها على كافة المستندات والحجج المقدمة من الطرفين، أصدرت المحكمة حكما يقضي بإلزام المركز بتسليم السائل المنوي للأرملة من أجل تمكينها من الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي في أجل أقصاه ستة أشهر من صدور الحكم. وقد إستندت المحكمة لإصدار هذا الحكم على حجة أن العقد المبرم بين المتوفى والمركز يعد عقدا مشروعا من حيث المحل والسبب

ولا يتعارض مع المادة 1168 من القانون المدني الفرنسي، كما أن المسألة تعتبر حديثة ولا توجد أية نصوص تنظمها[1].

وما دامت المحكمة قد أباحت لها الحصول على مني زوجها فهذا يعني أنها لم تعارض خضوعها لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، وبهذا يكون موقفها مؤيدا لهذه المسألة.

2- موقف القضاء المعارض لأسلوب التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة

تبنت محكمة Toulouse بتاريخ 26 مارس 1991، حكما مخالفا للحكم الصادر عن محكمة Créteil، في قضية تتلخص وقائعها في أن السيد "Michel" لجأ إلى مركز حفظ وتجميد السائل المنوي، من أجل حفظ عينات من سائله المنوي بعد أن قام بالإتفاق معه على أن تستعملها زوجته بحضوره. لكن وقبل أن تخضع الزوجة للتلقيح الإصطناعي بنطفة زوجها، توفي هذا الأخير بعد معاناته مع مرض السيدا بتاريخ 18 سبتمبر 1989. الأمر الذي دفع بأرملته المطالبة باسترجاع السائل المنوي، لكن المركز أبى ذلك. فرفعت دعوى أمام محكمة Toulouse تطالب من خلالها بإلزامه تسليم السائل المنوي لها واستندت في ذلك على حجة أن الإتفاق المبرم بين المركز وزوجها المتوفى يعد باطلا لكون محل الإتفاق يخرج عن دائرة التداول التجاري. وكما أن إيداع الزوج السائل المنوي لدى المركز يعد بمثابة إشتراط لمصلحة الغير، وما دامت أنها هي المستفيدة الشرعية فلا بد من أن تسترجعها خاصة وأن الهدف من ورائها هو تحقيق عمل مشروع.

في حين طالب المركز من جهته المحكمة بعدم قبول طلب المدعية بحجة أن هناك اتفاق صريح بين وبين المتوفى ينص على ضرورة حضوره وقت إستعمالها. وما دام أن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لما تنص عليه المادة 1134 من القانون المدني فلا بد من تطبيق ما جاء فيه. وأضاف المركز أن المتوفى كان مصابا بمرض السيدا فمن المحتمل أن يحمل سائله المنوي نفس الفيروس وأن العملية في حد ذاتها تشكل مساسا بحق الطفل لأنه سيحرم من الأبوة الحقيقية ويتيم حتى قبل ولادته.

[1] - Cf. T.G.I. Créteil, 01/08/1984, cité par Roberto ANDORNO, op.cit., pp.196 et s ;
العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.203 وما بعدها.

وأمام هذه الحجج وتلك الأسانيد قضت المحكمة بتاريخ 26 مارس 1991 برفض طلب المدعية المتمثل في استرجاع السائل المنوي لزوجها المتوفى، بحجة أن الزوج قد وقع اتفاقية مفادها أنه يلتزم بالحضور شخصيا لاسترجاع سائله المنوي. واعتبرت المحكمة أن الإتفاق جاء صريحا ولا يمكن إعتباره باطلا،كما لا يمكن تكييفه على أنه إشتراط لمصلحة الغير، لأن المتوفى لم يشترط أن تسلم العينات للأرملة بل إشترط أن يتسلمها هو شخصيا، ومن تم أمرت المحكمة، المركز أن يقوم بإتلاف العينات في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من صدور الحكم[1].

من خلال القضية المعروضة أعلاه، فإن محكمة Toulouse فضلت عدم الإعتراف بهذا النوع من الأسلوب، ولعل السبب يرجع أساسا في ترجيحها لمصلحة المولود على مصلحة الأرملة في تحقيق رغبتها في الإنجاب. وبهذا تتجنب ما يثيره هذا الأسلوب من مشاكل خاصة تلك المتعلقة بالنسب.

ثالثا: موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة

تبنى المشرع الفرنسي بموجب قانون 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994، وكذا قانون 2004-800 المؤرخ في 06 أوت 2004 موقف الفقه المعارض لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة.

ومع أنه لم ينص صراحة على منعه لهذا الأسلوب من التلقيح، إلا أنه يمكن إستخلاص موقفه الرافض ضمنيا من نص المادة 152-2 من قانون الصحة الفرنسي، حيث اشترطت فقرتها الثالثة أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة، وأن يعبرا عن رضاهما للخضوع لإجراء العملية. وهذا المعنى أكدته المادة 2141-02 فقرة 03 من نفس القانون.

وعليه، وحتى تتم الإستفادة من عملية التلقيح الإصطناعي لا بد أن يكون الزوجان على قيد الحياة على الأقل وقت التصريح برضاهما الأولي.

[1]- Cf. T.G.I. Toulouse, 26/03/1991, cite par Patrick NICOLEAU, op.cit., p.140;
العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.209 وما بعدها.

هذا ما يجرنا لطرح التساؤل التالي: ما الحكم لو توفي الزوج بعد الإعلان عن رضاه وقبل إجراء العملية؟

إن الإجابة عن هدا التساؤل لا نجدها ضمن نص المادتين المذكورتين أعلاه، فالمشرع الفرنسي أغفل معالجة هذه الحالة. غير أنه وبالرجوع إلى تقارير رسمية نجد الإجابة عن هذا التساؤل. حيث جاء في تقرير لمجلس الدولة الفرنسي على أنه:

« On peut douter qu'il soit sain d'offrir à des parents le pouvoir de programmer la naissance, à titre posthume, d'un orphelin de père. En cas de décès de l'un des membres du couple , le survivant ne peut poursuivre la réalisation de ce projet Parental » [1].

وكذلك طبقا للتقرير رقم 236 المحضر باسم لجنة الأعمال الإجتماعية لمجلس الشيوخ، بتاريخ 12 جانفي 1994، والذي ترأسه " Jean Cherioux" حيث جاء فيه:

« L'homme et la femme doivent être vivants et consentants au moment de l'insémination ou de l'implantation de l'embryon »[2].

وبناء على ذلك، يمكن القول أنه لا يحق اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج، حتى ولو عبر عن رضاه قبل وفاته، فالعبرة بتحرير الرضا كتابة وقت إجراء العملية.

وفي هذا الإتجاه ذهب المشرع الجزائري مستندا في ذلك بما ذهب إليه غالبية الفقه الإسلامي الذي حرم هذا النوع من التلقيح[3]. والواقع، وإن كان المشرع لم ينص صراحة على عدم جواز تلقيح الأرملة بمني زوجها المتوفى عنها، إلا أن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نصت على وجوب إجراء التلقيح أثناء حياة الزوجين مع توافر رضاهما معا.

وبهذا يمنع المشرع الجزائري إجراء عملية التلقيح الإصطناعي على الأرملة بعد وفاة زوجها.

[1] - Cf. Roberto ANDORNO , op.cit., p.196.
[2] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.197.
[3] - Cf. Mostefa KHIATI, op.cit., p.60.

والحقيقة، إضفاء عدم الشرعية على هذا النوع من التلقيح يعتبر أمرا منطقيا، فطالما أن الرابطة الزوجية تنتهي بوفاة أحد الزوجين، فمن غير المعقول أن تأتي الزوجة بمولود بعد وفاة والده بمدة تفوق مدة الحمل المقررة قانونا و إلا اعتبر ابن زنا.

فهذا الأسلوب من التلقيح يفتح بابا واسعا من المشاكل التي قد يواجهها الطفل في المستقبل، كما أنه يعرقل القواعد الأساسية المتعلقة بالنسب والحالة المدنية[1].

ختاما، نستخلص أن أغلبية الفقه المعاصر، والقضاء الفرنسي حاليا وكذلك كل من المشرعين الفرنسي والجزائري لا يقرون بفكرة ممارسة التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة.

ولهذا يعتبر كل اتفاق مبرم بين الأرملة والمركز باطلا حتى وإن صرح الرجل برضاه قبل وفاته. ويتعين على المركز إهدار الحيوانات المنوية للرجل المتوفى وعدم تسليمها إلى أرملته، وعلى الطبيب رفض إجراء مثل هذا الأسلوب من التلقيح، من أجل غلق باب التخوف من المجهول، وعدم برمجة أطفال يتامى مسبقا[2].

من خلال ما تقدم ذكره، نرى أن موقف المشرعين الفرنسي والجزائري جاء واضحا بخصوص مسألة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج. فمتى كان هذا الأخير على قيد الحياة وتمت العملية بعد مراعاة جميع الشروط عد الأسلوب جائزا شرعا وقانونا. علما أن هذا النوع من التلقيح يلجأ إليه في الحالة التي يستحيل فيها تلاقي مني الزوج ببويضة الزوجة، أو في حالة عقم المرأة. هنا يثار التساؤل ماذا لو كان الزوج عقيما؟ هل يسمح بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة ليتم تلقيح الزوجة بنطفة غير زوجها؟

[1] - Cf. Nasreddine LEZZAR , op.cit. , El Watan, 02 Juillet 2005, p.13.

[2] - أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 102.

المطلب الثاني

التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير

قلنا في بادئ الأمر توصل الطب إلى اكتشاف أسلوب يمكن من معالجة ظاهرة العقم ويقضي على المشاكل النفسية الناجمة بين الزوجين.

هذا الأسلوب من التلقيح كان يقتضي الإستعانة بنطفة الزوج وببويضة زوجته ليحصلا على مولود لهما.

وبالفعل تكللت عمليات هذا النوع من التلقيح بالنجاح، وشهدت إعجابا وإقبالا شديدين من قبل غير القادرين على الإنجاب.

وما ساعد على اللجوء إليه أكثر فأكثر هو عدم طرحه لمشاكل قانونية أو صعوبات خاصة.

لكنه وإن قضى على حالات العقم، إلا أنه وقف عاجزا أمام حالات أخرى، مما دفع بالطب إلى المسارعة لإيجاد أسلوب آخر يتم اللجوء إليه لمعالجة الحالات التي لم يتمكن التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج من معالجتها، فتوصلوا إلى الإستعانة بنطفة رجل آخر أجنبي لتلقح الزوجة بغير نطفة زوجها. لهذا سمي هذا النوع بالتلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، يمكن تعريفه على أنه ذلك التلقيح الذي يتم بين خليتين تناسليين مستمدين بين شخصين لا يربط بينهما وقت إجراء التلقيح زواج شرعي أو رابطة حرة لا تقل عن السنتين.

ويتم اللجوء إليه في الحالة التي يكون فيها الزوج يعاني من حالة العقم، كأن يكون مصابا بانعدام سائله المنوي أو عدم احتوائه على الحيوانات المنوية، أو إذا خضع إلى عملية استئصال السهر لا يمكن معالجته عن طريق الوسائل الجراحية.

وبعيدا عن مشكلة العقم، قد يكون الزوج مصابا بأحد الأمراض الو راثية الخطيرة والتي يخشى انتقالها إلى المولود[1].

[1] - Cf . Roberto ANDORNO, op.cit., p.23.

فإذا تبين أن الزوج مصاب بإحدى هذه الحالات، وفشلت عمليات التلقيح الإصطناعي باستخدام نطفته من القضاء عليها، فإنه يلجأ إلى المساعدة الطبية بالإستعانة بنطفة رجل ثالث أجنبي.

واستخدمت هذه التقنية لأول مرة في فرنسا، فعلى إثر تحقيق أجراه إتحاد أطباء النساء والتوليد الفرنسي سنة 1957 تبين أن العديد من الأشخاص قاموا بالتبرع بنطفهم مقابل مبلغ مالي. وما ساعد على رواج وتطور هذا النوع من التلقيح وجود بنوك حفظ وتجميد السائل المنوي التي لعبت دورا كبيرا في استقبال المني وحفظه لإعادة التبرع به لصالح غير القادرين على الإنجاب.وبفضل هذه المراكز ازدادت نسبة المواليد عن طريق التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير لتصل في فرنسا سنة 1992 إلى خمسة وعشرون ألف طفل[1].

مع أن التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، قضى على حالات العقم التي صعب القضاء عليها باستخدام نطفة الزوج، كما أنه ساعد على تحقيق سعادة الزوجين بإنجاب طفل إلا أنه عرف تباينا وجدلا كبيرا حول مدى مشروعيته (الفرع الأول).

نتيجة لهذا التباين وما يثيره هذا النوع من التلقيح من مشاكل قانونية عمدت العديد من الدول إلى تجنب العمل به كحل للقضاء على مشكلة العقم، أما الدول التي أباحته فإنها وضعت قواعد صارمة لتنظيمه لاسيما تلك المتعلقة باختيار الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجدل القائم حول مشروعية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير

إن التبرع بالمني بهدف تلقيح امرأة أجنبية عن المتبرع تعد بمثابة عقد،كونه عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتبرع الرجل بمنيه لمركز حفظ وتجميد السائل المنوي، هذا الأخير يقبله من أجل إعادة التبرع به لتلقيح امرأة أبدت رغبتها في الخضوع لهذا النوع من التلقيح.

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.31.

وبهذا نلاحظ أن المني لا يسلم مباشرة للمرأة ولكن يسلم لها عن طريق البنك الذي يلعب دور الوسيط بين المتبرع والمرأة المستفيدة.

نظرا لتدخل هذا العنصر الأجنبي في العلاقة، ثارت عدة تساؤلات أهمها: هل يعتبر شرعيا تلقيح امرأة بنطفة رجل لا تربطه بها علاقة زواج شرعي أو علاقة معترف بها؟

إن الفقه في محاولته للإجابة عن هذا التساؤل انقسم إلى اتجاهين (أولا)، وأما القضاء إعتمد من جهته على اجتهاده الخاص لحل المشاكل المعروضة أمامه بسبب هذا النوع من التلقيح (ثانيا). وأمام المشاكل العديدة التي طرحها هذا الأسلوب تدخل التشريع لبيان موقفه، وإزالة التباين الذي وقع بين أراء الفقهاء، وكذلك إزالة التعارض في الأحكام القضائية (ثالثا).

أولا : موقف الفقه من عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير

كما سبقت الإشارة إليه[1]، فإن الفقه انقسم بشأن هذه الوسيلة من التلقيح إلى مؤيد وآخر معارض ولكل منهما حججه وأسانيده.

1- حجج المؤيدين لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير

استند المؤيدون لهذه العملية على الحجج التالية:

أ- يعتبر التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج وسيلة للقضاء على مشكلة العقم، وأملا في تحقيق رغبة الزوجين في الحصول على طفل.

ب- إن التبرع بالسائل المنوي بهدف تمكين غير القادرين على الإنجاب في الحصول على طفل، شبيه بعملية التبرع بالدم والأعضاء والأنسجة البشرية. وإن التشريع يجيز هذا الأسلوب الأخير، بل ويشجع الأشخاص على الإقبال عليه، قياسا على ذلك لابد من إباحة التبرع بالسائل المنوي، وتشجيع هذا الأسلوب من التلقيح[2].

---

[1]- أنظر، مقدمة الفرع الأول من هذا المطلب، ص.41 من هذه الدراسة.

[2]- Cf. Jean Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, op.cit., p. 195.

ج- قد تؤدي مشكلة العقم وعدم إنجاب طفل إلى تفاقم الخلاف بين الزوجين، وتدهور حالتهما النفسية، وإن التلقيح حتى وإن كان بنطفة رجل أجنبي من شأنه أن يحسن من الحالة النفسية ويقوي الرابطة العائلية.

د- إن عمليات التلقيح الإصطناعي مهما تعددت أساليبها فإنها تمارس في إطار شرعي إذ أنها تجرى داخل مؤسسات، أو عيادات خاصة ومتخصصة، حائزة على رخصة إدارية. وكما أنه يشرف على إجرائها طبيب مختص وفق عقود قانونية، وبغية تحقيق هدف علاجي. لهذه الأسباب، لا مجال للحديث عن المسؤولية الجنائية ولا عدم الشرعية[1].

2 – حجج المعارضين لعملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير

ترجع عدم مشروعية التلقيح الإصطناعي للأسباب التالية:

أ- لا يمكن إجراء قياس بين التبرع بالنطف، والتبرع بالدم، لأن هذا الأخير موجه مباشرة لتحقيق غاية تعلو وتفوق مصلحة المتبرع بالدم. أما المني فله أهمية مختلفة تماما عن الدم لكونه لا يهدف إلى إنقاذ حياة شخص أو تحسين ظروف صحته إنما يساهم في خلق حياة جديدة.

هذا وإنه على خلاف الدم الذي يختلط ويسري في جسم المتبرع له، فإن المتبرع بالمني يؤدي إلى تحديد وتعيين تداخلات في النظام البيولوجي بين المتبرع والمولود ويساهم في ربط علاقة بين المتبرع والأم التي وضعت المولود إلى الوجود[2].

ب- إن هذا النوع من التلقيح لا يؤدي بالضرورة إلى الحد من المشاكل الناجمة بين الزوجين وتحسين حالتهما النفسية. والسبب في ذلك راجع إلى أن وجود مولود ناجم عن هذه التقنية قد يشعر الزوج بالنقص والغيرة فتنعكس تصرفاته تجاه الطفل. ناهيك عما قد يثيره هذا الأخير في المستقبل من مشاكل وردود أفعال عنيفة حينما يعلم بالحقيقة والتي قد تشكل اضطرابا في توازنه النفسي هو الآخر[3].

---

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.34.

[2] - Cf. Jean Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, op.cit., p.151.

[3]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 35.

ج- يمثل هذا النوع خيانة زوجية، ولذا فإن الطبيب بإجرائه للعملية يكون قد ساهم في تحقيق الخيانة، وبالتالي لابد من ترتيب المسؤولية الجزائية[1].

د- التبرع بالمني يؤثر على النظام الأسري ككل. بحيث يؤثر على أسرة المرأة الملحقة بمني غير زوجها نظرا لشعور الزوج بالغيرة والغضب حيال هذه التقنية[2].

ه- إن هذا الأسلوب يهدد أمن واستقرار المجتمع، وذلك لتزايد ارتفاع نسبة المتبرعين مجهولي الهوية، وارتفاع خطر العلاقات غير الشرعية ومحاولة خلق سلالة مختارة.

و- يشكل هذا الأسلوب مساسا بحقوق الطفل، وخرقا لمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، وذلك لمنح المولود أبوة قانونية وحرمانه من أبوته الحقيقية والبيولوجية. وكما أنه يشكل خرقا للإلتزامات المتبادلة بين الزوجين.

نشير أن المعارضين لم يضفوا عدم الشرعية على المني، فهذا الأخير يمكن أن يكون محلا لعقود قانونية ولا يمكن لأي شخص التشكيك في مشروعيتها، فعلى سبيل المثال: تسليم المني للطبيب من أجل إجراء فحوص وتحاليل طبية عليه لا يطرح مشكل عدم المشروعية.هذه الأخيرة تطرح لما يكون الهدف من التبرع بالمني هو تلقيح امرأة أجنبية عن المتبرع[3].

إذا كان الفقه قد أنقسم إلى اتجاهين متباينين حول هذه المسألة، فكيف كان موقف القضاء الفرنسي منها؟

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي من أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير

من المنطقي وفي غياب النصوص التشريعية، تشعب موقف القضاء، وهو ما حصل بالنسبة للقضاء الفرنسي حيث تباينت أحكامه قبل صدور قانون 1994 بين معارض ومؤيد لأسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير.

---

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 33 .

[2] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.234.

[3] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p. 233.

1- موقف القضاء الفرنسي المعارض لهذا الأسلوب من التلقيح

يتضح موقف القضاء الفرنسي المعارض لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير من خلال القضية التي عرضت أمام محكمة Toulouse والتي، تتلخص وقائعها في أن رجلا عاقم كان يعاشر امرأة معاشرة حرة، وكانا يرغبان في الحصول على مولود، ولأجل تحقيق ذلك عبر الرفيق عن موافقته بخضوع رفيقته لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير. وبعد أن أجريت لها العملية تكللت بولادة الطفلة "Emilie" بتاريخ 23 جويلية 1983، وسجلت باسم رفيق والدتها بعد أن أعترف بها. غير أنه، وعلى إثر نزاع نشب بين الخليلين سنة 1985، توجه الرفيق إلى محكمة Toulouse للمطالبة بإلغاء اعترافه بالطفلة، وحجته في ذلك أن هذا الإعتراف ذو طابع مخادع أو كاذب فهو يمنح المولود أبوة غير أبوته الحقيقية.

وباعتبار أنه ليس والد "Emilie" فإنه يمكن التراجع عن اعترافه بها دون أن يشكل ذلك خرقا لنص المادة 311 من القانون المدني.

وإلى جانب هذه الحجة، تمسك بتطبيق المادة 339 من القانون المدني التي تعطي الحق لكل من له مصلحة في الإعتراف على الإقرار بالنسب حتى وإن صدر إقرار من المقر نفسه.

وأما أم الطفلة طالبت المحكمة بعدم موافقتها على طلب الأب القانوني، بحجة أنه عبر عن رضاه لخضوعها لهدا النوع من التلقيح وإن الرضا في هده الحالة يلزمه بالاعتراف بالطفل وعدم التنازل عنه، وإلا فإنه يحكم لها ولطفلتها بالتعويض عن الأضرار التي ستلحقها نتيجة الحكم له بإنكار النسب.

فاستجابت المحكمة في حكمها الصادر في 02 فبراير 1987 لطلب الأب المتمثل في إلغاء أبوته. وبالمقابل ألزمته بدفع مبلغ إلى الطفلة قدر بقيمة مئة ألف فرنك فرنسي، ولوالدتها حدد المبلغ بعشرين ألف فرنك فرنسي، وهذا تعويضا لهما عن الأضرار المعنوية التي لحقتهما من جراء تراجع الرفيق عن إقرار بالنسب. وبهذا تكون المحكمة قد طبقت نص المادة 1134 من القانون المدني.

وقد أيدت محكمة استئناف Toulouse هذا الحكم في قرارها الصادر في 21 سبتمبر 1987 والقاضي بإلغاء اعتراف الأب القانوني، والحكم عليه بدفع مقابل للمولودة تعويضا لها عن الأضرار التي لحقتها بحجة أن التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير غير مشروع لعدم مشروعية السبب والمحل. وأن الإتفاق المبرم بين الطرفين بشأن هذه المسألة يعد باطلا.

أما عن التعويض الممنوح للأم، فقد رفضت محكمة الاستئناف منحها إياه بحجة أن الأم تعد مسؤولة وشريكة في عملية التلقيح.

غير أن هذا القرار قد تم الطعن فيه أمام محكمة النقض والتي قضت بشأنه في 10 جويلية 1990 بأن محكمة الإستئناف قد أهملت من خلال قرارها طلبات أطراف الخصومة حينما منحت المولود تعويضا على أساس الأضرار التي لحقته من جراء ولادته بواسطة التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، بدلا من أن تمنحه إياه على أساس الأضرار التي لحقته نتيجة إلغاء الإعتراف بالأبوة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لم تقم بتحديد العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الذي لحق الطفل نتيجة إلغاء الإعتراف.

إلا أن موافقة الأب على خضوع الأم لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، واعترافه بإرادته الحرة بالطفلة بالرغم من أنه يعلم أنها ليست أبنته، تجعله يتحمل في مواجهة الطفلة وأمها الإلتزام بالتصرف كأب، والاستجابة خاصة إلى حاجيات المولودة التي أعترف بها. وإن التهرب من هذا الإلتزام يتولد عنه ضرر مادي ومعنوي يعاقب عليه بفرض تعويض عادل للطفلة.

لهذا فإن القرار المطعون فيه حتى وإن أهمل طلبات الأطراف فإنه مع ذلك أخد بعين الإعتبار رضا الأب وجعله سببا في منح التعويض للمولودة. لهذا يعد القرار مبرر قانونا. استنادا على هذه الأسباب أيدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الإستئناف، حيث أكدت

على حق المولودة في التعويض[1].

2 - موقف القضاء المؤيد لأسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير

خلافا للقضاء السابق، قضت محكمة Bobigny بتاريخ 18 جانفي 1990 بإعترافها بأسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، مع رفضها لطلب الزوج الرامي إلى إنكار أبوته للمولود. وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجا كان يعاني من إصابته من العقم حالت دون إنجاب زوجته، فاتفاق معها على خضوعها لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة نطفة غيره. فأتت بعدها الزوجة بمولود. لكن قبل إنقضاء مدة ستة أشهر من ميلاده نشب نزاع حاد بين الزوجين دفع الزوج إلى رفع دعوى أمام القضاء يطالب من خلالها إنكار أبوته للمولود، مستندا على حجة أن زوجته كانت تربطها علاقة غير شرعية برجل آخر، وأن المولود هو ابن لهذا الأخير وليس وليدا لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير.

---

[1] -C. Cass , 1ère ch. civ. 10-juillet 1990, n° du pourvoi 88-15105. sur: http : www. Legifrance.gouv.fr.

– نشير في هذا الصدد، أنه عرضت قضيتين على القضاء الفرنسي قبل تلك التي عرضت أمام محكمة Toulouse،

الأولى عرضت أمام محكمة Nice ، وتتلخص وقائعها في أنه بعد معاناة زوج من إصابته بالعقم، إتفق مع زوجته على أن تخضع لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير فولد على إثرها الطفل Joël الذي نسب لأمه وزوجها. بعد ذلك لجأ هذا الأخير إلى المحكمة للمطالبة بإنكار أبوته للطفل مستندا على نص المادة 311 من القانون المدني التي تعطي الحق للزوج في طلب إنكار نسب الطفل الذي وضعته زوجته أثناء فترة الزواج شريطة أن يثبت أنه من المستحيل أن يكون هو الأب. كما استعان بنص المادة 313 من نفس القانون التي تنص على أن الدعاوي المتعلقة بحالة الأشخاص لا يجوز التنازل عنها بمقابل أو بدون مقابل وأن كل اتفاق على ما يخالف دلك يعد باطلا. ليضيف في الأخير أن رضاه عديم الأثر إذ لا يمكن الإعتداد بالإرادة المنفردة لتغيير الحقائق.

ولهذا إعتبرت المحكمة في حكمها الصادر في 30 جوان 1976 أن رضا أو إرادة الزوج لا تلعب أي دور في ترتيب علاقة البنوة للطفل الذي ولد أثناء الزواج، وأنه تطبيقا للمادة 312 من القانون المدني وما بعدها حكمت بإلغاء الإعتراف بالأبوة مع عدم تحميل الزوج أية مسؤولية.

أما القضية الثانية فقد عرضت على محكمة باريس ، وهي الأخرى وعلى غرار محكمة Nice قضت في حكمها الصادر في 19فبراير 1985بإلغاء إعتراف الزوج بأبوته للطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي و لم ترتب عليه أية مسؤولية بالرغم أنه أبدى موافقته الصريحة على خضوع زوجته لهدا النوع من التلقيح، واعتبرت أنه لا مجال للبحث فيما إدا كان الزوج قد رضي أم لم يرض بأن تلقح زوجته بغير نطفته طالما أن التحاليل أكدت أنه لا يعتبر الأب البيولوجي للطفل، و لهدا قررت تطبيق أحكام المادة 312 وما بعدها من القانون المدني وإنكار نسب المولود للزوج.

إنطلاقا من القضايا المعروضة أمام كل من محكمة Nice, Toulouse و Paris نجد أن الأحكام متشابهة من حيث أنها قضت جميعها بإنكار الأبوة للمولود، لكن هناك حل تبنته محكمة Nice تشكل في ترتيب المسؤولية على الرفيق ودلك بإجباره على دفع تعويض للطفلة عن الأضرار التي لحقتها جراء إلغاء الاعتراف.وكما جعلت الرضا الذي عبر عنه سببا لتحمله الإلتزامات وهو الحل الذي لم تعتمده محكمة Nice وباريس إذ أكتفيتا بإلغاء الإعتراف دون تحميل الزوج بدفع التعويض كونهما لم تعتد برضاه. في هذا الصدد:

Cf. T.G.I. de Paris, 19/02/1985, D. 1986, p.223.

وكرد فعل، طلبت الزوجة تطليقها منه، وعدم قبول طلبه بحجة أن زوجها عبر عن رضاه مسبقا بخضوعها لهذا النوع من التلقيح.

وقد إستجابت المحكمة لطلب الزوجة بدليل أنه إعتدت برضا الزوج المسبق ورفضت طلبه المتمثل في إنكار أبوته، وذلك لأن القول بخلاف ذلك سيمنح الفرصة لكل شخص عبر عن رضاه المسبق بخضوع زوجته أو رفيقته لعملية التلقيح بغير نطفته، إلى التراجع عنه متى وقعت بينهما خلافات، دون أن يستند على دوافع قوية تبرر هذا التراجع هذا من جهة. ومن جهة أخرى، سيشكل مساسا بحقوق الطفل ومصالحه التي تقضي بعدم حرمانه من الأبوة حتى وإن كانت قانونية نظرا لإستحالة قيام رابطة مع أبيه البيولوجي طبقا لمبدأ سرية المتبرعين[1].

وأمام هذا الحكم، قام الزوج بإستئنافه أمام محكمة استئناف باريس، مستندا على حجة أنه رفع دعواه لإنكار النسب ليس لكون زوجته خضعت لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير وإنما لكون المولود كان نتيجة علاقة غير شرعية برجل آخر.كما طالب بإجراء التحاليل ليتم التأكد من صحة أقواله.

وبعدما تأكدت محكمة الإستئناف من أن الطفل هو فعلا ثمرة العلاقة غير الشرعية بين الزوجة وعشيقها، وليس ناجما عن عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، قضت بتاريخ 21 مارس 1991 بعدم تأييد حكم محكمة Bobigny، وقبول دعوى الزوج بإنكار أبوته للمولود مطبقة في ذلك نص المادة 312 من القانون المدني[2].

بتحليلنا لحكم محكمة Bobigny يمكن القول بأنها وافقت على أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير لأنها حينما أصدرت حكمها الرافض لطلب الزوج تكون قد إعتدت بالرضا المسبق المعبر عنه من قبله والمتمثل في خضوع زوجته لهذا الأسلوب، كما أنها لم ترفض هذه التقنية مراعاة منها لمصلحة المولود.

---

[1]- Cf. T.G.I. de Bobigny, 4ème ch.civ. 18 Janvier 1990. D.1990, p.332, note Callette ; J.C.P. 1990,II ,21592.

[2] - Cf. C. A. Paris, 21 Mars 1991, D.1999, 2, P.562, note Sériaux, J.C.P., 1992, I ,21857 ;
مقتبس من العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.193.

وصفوة القول أنه، من خلال القضايا التي تم عرضها نلاحظ أن هناك تعارض في الأحكام القضائية.

ولكن لإزالة هذا التباين في الأحكام، تدخل المشرع الفرنسي سنة 1994، فماذا كان موقفه؟ وكيف عالج المشرع الجزائري هذه المسألة في غياب اجتهادات قضائية تنير دربه خصوصا وأننا في مجتمع إسلامي لا يعترف إلا بالعلاقات الشرعية والأطفال الشرعيين المولودين في إطار علاقة زوجية قائمة بين الأبوين؟

ثـــالثا: موقف التشريع من التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير

بصدور قانون 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994، لم يعد هناك مجال للحديث عن مدى مشروعية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير. فالمشرع الفرنسي تجاوز الخلاف الفقهي الذي كان قائما، ولعب دورا في إزالة التعارض بين الأحكام القضائية الناتجة عن غياب النصوص التشريعية، وذلك عن طريق بيان موقفه بصراحة من هذا الأسلوب، يتجلى هذا الموقف من خلال نص المادة 152- 6 من قانون الصحة العامة الفرنسي، الذي جاء فيه ما يلي:

« L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir ».

وإذا كان المشرع أراد من وراء هذه المادة منح الطفل وضعية عائلية تقليدية، إلا أنه حصر اللجوء إلى هذا الأسلوب فقط في الحالة التي تفشل فيها عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أو الرفيق في القضاء على العقم. لهذا تم توجيه النقد إليه من طرف مجلس الدولة الفرنسي الذي يرى أن نص المادة 152-6 من قانون الصحة العامة الفرنسي يتعارض مع نص المادة 152- 1 من نفس القانون. فهذه الأخيرة تفتح باب المساعدة الطبية لأشخاص غير قادرين على الإنجاب وكذلك لمن هم مصابون بأمراض وراثية خطيرة يخشى إنتقالها إلى المولود. وبينما إقترحت اللجنة الوطنية للطب والبيولوجيا للإنجاب والفحص الطبي على المشرع إلغاء نص المادة 152- 6 من قانون الصحة لأنها في نظرها مستحيلة التطبيق وتهدف إلى نشر فكرة من الأفضل الحصول على طفل من شخصين على الحصول عليه من شخص واحد، دعا مجلس الدولة إلى ضرورة تعديلها فقط، لتصبح على الشكل التالي:

« L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur pourrait être ouverte lorsque la procréation médicalement à l'intérieur du couple ne peut aboutir ou peut avoir pour effet de transmettre à l'enfant ou à l'autre membre du couple une maladie grave »[1].

وبالفعل أخذ المشرع الفرنسي بعين الإعتبار النقد الموجه إليه من قبل مجلس الدولة. فإلى جانب تمسكه بموقفه المؤيد لأسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير واشتراطه اللجوء إليه عند فشل محاولات التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج، أضاف حالة الإصابة بالأمراض الوراثية الخطيرة.

هذا التعديل تبناه المشرع بصدوره قانون 2004-800 المؤرخ في 06 أوت 2004 حيث جاء في المادة 2141-7 التي تم إدراجها ضمن قانون الصحة العامة مايلي:

« L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article 2141-10, y renonce ».

بهذا التعديل يكون المشرع قد تدارك النقص الذي وقع فيه سنة 1994، كما أن المادة بهذا الشكل تصبح متسقة مع نص المادة 2141-21 من قانون الصحة والتي حددت أهداف المساعدة الطبية على الإنجاب.

أما عن المشرع الجزائري، فإنه يظهر من خلال المادة 45 مكرر فقرة ثانية من قانون الأسرة أنه يضفي عدم الشرعية على أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير. لأنه اشترط أن تتم عملية التلقيح الإصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما. بهذا المنع يكون قد نهج منهج الرأي الغالب من الفقه المعارض لهذه العملية، وكذلك أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تحرم تدخل طرف أجنبي على العلاقة الزوجية فلا يجوز أن تكون إحدى البذرتين من أحد الزوجين والأخرى من أجنبي عنهما. وحول هذه المسألة نستعرض آراء بعض الفقهاء[2]:

[1] - Conseil d'Etat ,op.cit., pp.41et s.

[2] - آراء تم اقتباسها عن شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، موجودة على الموقع:
http://www.islamicfeqh.com/magazines/Feqh23a/ara23007.htm

- السيد روح الله الخميني:" لا يجوز تلقيح المرأة بماء غير الزوج، سواء كانت المرأة ذات بعل أو لا، رضي الزوج أو الزوجة بذلك أو لا، كانت المرأة من محارم صاحب الماء كأمه وأخته أو لا".

- السيد علي السيستاني:" إذا أدخلت المرأة مني رجل أجنبي في فرجها أثمت".

- السيد محمد سعيد الحكيم:" أما تلقيحها بنطفة أجنبي فهو حرام إذا كان التلقيح في الرحم بطريق الوطء المحرم أو بمجرد إدخال المني، بل الأحوط وجوبا تركه مطلقا وإن كان التلقيح خارج الرحم، إذا استتبع دخول البويضة بعد التلقيح في الرحم، بل مطلقا ألا يستتبع التلقيح تكون آدمي، بل كان لمحض التجارب العلمية في مرحلة بدائية".

- السيد محسن حرم بناهي:" إن انعقاد النطفة من ماء الرجل ونطفة المرأة التي تحرم عليه حرام".

- الشيخ محمود شلتوت:" إذا كان التلقيح البشري بغير ماء الزوج على هذا الوضع وبتلك المنزلة كان ودون شك أفظع جرما وأشد نكرا من التبني في أشهر معناه...وهو أن ينسب الإنسان ولدا يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه، وإنما كان التلقيح أفظع جرما من التبني، لأن الولد المتبنى المعروف للغير ليس ناشئا عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية، إنما ولد ناشئ عن ماء أبيه ألحقه به رجل آخر بأسرته وهو يعرف أنه ليس حلقة من سلسلتها، غير أنه أخفى ذلك عن الولد، و لم يشأ أن يشعره بأنه أجنبي فجعله في عداد أسرته وجعله أحد أبنائه زورا من القول، وأثبت له ما للأبناء من أحكام. أما ولد التلقيح فهو يجمع بين نتيجة التبني المذكورة وهي إدخال عنصر غريب في النسب وبين خسة أخرى وهي إلتقاؤه مع الزنا في إطار واحد، تنبو عنه الشرائع والقوانين، وينبو عنه المستوى الإنساني الفاضل، ويترلق به إلى المستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمعات الكريمة، وحسب من يدعون إلى هذا التلقيح ويشيرون به على أرباب العقم تلك النتيجة المزدوجة التي تجمع بين الخستين: دخل في النسب أو عار مستمر إلى الأبد".

هذا وقد جاء على لسان الشيخ عز الدين الخطيب، مفتي المملكة الهاشمية الأردنية:" أما إذا كان التلقيح بين غير الزوجين فشيء لا تبيحه الشريعة الإسلامية، ويكون زنا مقنعا، فهو أمر حرام وتعتبره الشريعة الإسلامية خطرا على الإنسان والأرحام والأعراض".

من ناحية أخرى، جاء في فتاوى دائرة الإفتاء المصرية:" تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء لأن الزوج ليس به مني، أو كان به ولكنه غير صالح محرم شرعا، لما يترتب عليه من اختلاط في الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه، وفوق هذا ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرم بنصوص القرآن والسنة".

كما أكد مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي على أن التلقيح بنطفة الغير هو إجراء محرم شرعا لما ينجم عنه من اختلاط في الأنساب، جاء في قوله:" أن تلقيح بويضة امرأة بمني رجل ليس زوجها، واستبدال أو خلط مني الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهن صفات معينة، كلها محرمة وممنوعة الإطلاق لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياع الأسر"[1].

في الحقيقة، الحل الذي إعتمده المشرع الجزائري، يعتبر حلا منطقيا، فتلقيح امرأة بغير نطفة زوجها يعتبر أمرا غير شرعي ومنافي للأخلاق،كما أنه يشكل مساسا بالإلتزامات الناجمة عن الزواج لاسيما واجب الإخلاص الذي يعتبر من قبل النظام العام وكل إتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلا وإن تم برضا الزوجين[2] ويساهم في إرتفاع نسبة المواليد غير الشرعيين.

ختاما، وانطلاقا مما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري غلب مصلحة العلاقة الشرعية على مصلحة الزوجين في الحصول على مولود. بهذا يكون قد تفادى المشاكل سواء العملية أو النفسية وحتى الخلقية والدينية الناجمة عن هذا الأسلوب من التلقيح. وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي راع بالدرجة الأولى مصلحة الزوجين في الحصول على مولود حتى وإن تم ذلك

---

[1]- أنظر، مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثالثة المنعقدة في عمان من 11 إلى 16 أكتوبر 1986، منار الإسلام؛ مقتبس عن تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.105- 106.

[2]- أنظر، مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص. 406 .

بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة، ولكنه وليتفادى المشاكل الممكن إثارتها من قبل هذا الأخير وضع قواعد صارمة لإختياره.

الفرع الثاني

إختيـــــــار الـــمـــتـــبرع

مما لا شك فيه أن هذا الأسلوب من التلقيح لا يتم إلا بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة ألا وهو المتبرع، وإن مراكز حفظ السائل المنوي والأطباء مسئولون عن إختيار هذا الغير، لذلك عليهما التقيد بالقواعد التي فرضها المشرع لسير العملية في أحسن الظروف، تتمثل هذه القواعد الواجب مراعاتها وإحترامها في مبادئ عامة يعتمد عليها لإختيار الغير (الأول)، وكذلك شروط يجب التأكد من توافرها في طرفي العلاقة قبل تنفيذ العملية (ثانيا).

أولا: المبادئ المعتمد عليها في اختيار الغير

إعتمد المشرع الفرنسي في اختياره للغير على نفس المبادئ المعتمد عليها للتبرع بالدم أو الخلايا والأعضاء البشرية.هذه المبادئ يمكن حصرها في مبدأين أساسيين هما:

1 - مبدأ مجانية التبرع

إن المبدأ الأساسي المعتمد عليه في فرنسا هو حرمة الجسد البشري، بمعنى أنه لا يمكن أن يكون هذا الأخير محلا للمعاملات التجارية. نتيجة لذلك تعتبر كل إتفاقية تهدف إلى الحصول على كسب مادي مقابل التنازل على إحدى أعضاء أو مكونات الجسد البشري باطلة وهو ما نصت عليه المادة 16-5 من القانون المدني الفرنسي بقولها:

« Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits, sont nulles » .

ونصت المادة 16-6 من نفس القانون من جهتها على مبدأ المجانية، حيث أكدت على ضرورة عدم تلقي المتبرع بإحدى أعضائه البشرية مقابلا ماديا بالتنصيص على:

«Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

من هذين النصين نجد أن المشرع الفرنسي جعل مبدأ المجانية كمبدأ أساسي يعتمد عليه في التبرع. وبعد أن كان هذا المبدأ مقتصرا على التبرع بالدم ثم تعميمه على التبرع بالخلايا والأعضاء والأنسجة البشرية.

وباعتبار أن المني عضو من الجسد البشري فمن المنطقي أن يسري على المتبرع به مبدأ المجانية. وهذا ما تم التأكيد عليه بموجب المادة 665- 13 من قانون 94- 654 ثم بصدور قانون 2004-800 ، حيث نصت المادة 6-1244 منه على ضرورة تذكير المتبرع بمبدأ المجانية من قبل المجموعة الطبية.

وبتطبيق هذا المبدأ يصبح التبرع بالمني عبارة عن عقد هبة من شخص إلى شخص آخر هو بحاجة إليه من أجل مساعدته على تحقيق رغبته في الإنجاب[1].

ولقد وضع مبدأ مجانية التبرع كوسيلة إستراتيجية لجعل أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير مقبولا من الناحية الإجتماعية. لكن إذا كان هذا المبدأ شجع غير القادرين على الإنجاب إلى اللجوء لهذا الأسلوب من التلقيح لكونه يتم دون دفع مقابل للمتبرع فإنه أدى إلى انخفاض عدد المتبرعين، وهذا أمر منطقي، لأن هدف المتبرع في أغلب الأحيان يكون تحصيل الربح وناذرا ما يتم التبرع بهدف الإيثار ومساعدة الغير.

وينبغي الإشارة إلى أن مبدأ المجانية لا يشمل سوى المتبرع. فهذا الأخير لوحده لا يتحصل على أي مقابل مادي. أما الوسطاء في العملية فيتحصلون على مقابل خدمتهم. فمثلا تقوم مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي ببيع السائل المنوي للمتبرع لمن هو بحاجة إليه وفق المبلغ المحدد من قبل وزارة الصحة، ليتم تعويض المستفيدين من طرف الضمان الاجتماعي.

[1]- Cf. Jean MIGUEL et Christophe BUTRUILLE, Le guide de la fécondation in vitro, éd. Albin Michel, Paris, 2003, p.150.

ومن هنا نلاحظ أن المقابل المادي غير مقصى تماما من التقنية، وأنه في نهاية المطاف يدفع مقابل التبرع بالمني لغرض التلقيح[1].

يتم معاقبة كل شخص يقوم بالتبرع بمنيه مقابل الحصول على مبلغ مالي بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة مالية تقدر بخمس مئة ألف فرنك فرنسي[2]. وتطبق نفس العقوبة على من يستخدم مؤسسته من أجل التشجيع على التبرع بمقابل[3].

في الأخير، نقول أن المشكل لا يكمن في مبدأ المجانية، بمعنى أن حصول المتبرع على مبلغ مالي مقابل تبرعه أو عدم حصوله على ذلك لا تعتبر مشكلة في حد ذاتها مقارنة مع المشاكل التي تثيرها عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير. إذ هناك مسائل جوهرية يجب معالجتها، منها خاصة مسألة الضرر الذي يصيب الطفل من جراء تحويل أبوته البيولوجية، وتبقى مسألة المجانية مسألة ثانوية بالنظر إلى هذه المسائل الجوهرية[4]. فماذا عن مبدأ المجهولية؟

2- مبدأ المجهولية

إلى جانب مبدأ مجانية التبرع، نص المشرع الفرنسي على مبدأ آخر ينبغي مراعاته وقت التبرع بالمني. يطلق عليه بمبدأ مجهولية التبرع أو عدم الكشف عن هوية المتبرع، وذلك بمقتضى

الفقرة الأولى من المادة 16-8 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها ما يلي:

«Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur ».

والجدير بالملاحظة أن الفقرة الأولى من هذه المادة جاءت بصفة عامة، فهي تنهى عن تطبيق المبدأ في حالة التبرع بأحد الأعضاء الخاصة بالجسد البشري. وعلى الرغم من أن المني يعتبر عضو من أعضاء الجسد، إلا أن المشرع لم يكتف بالنص الوارد في القانون المدني، بل

[1] Cf. Roberto ANDORNO , op.cit., p. 235 .
[2] Cf. Art. 511-9 al. 01 du c.pén.
[3] Cf. Art. 511-9 al. 02 du c.pén.
[4] Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.236.

أضاف نصا آخر في قانون 94-654 الصادر في 29 جويلية 1994، لقانون الصحة العامة، حيث أكد في المادة 665-14 منه على تطبيق مبدأ المجانية في حالة التبرع بقوله:

« Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée ».

بتحليل الفقرتين الواردتين من هذين النصين، يمكن القول أن مبدأ المجانية لا يقتصر على المتبرع فحسب، بل يشمل أيضا المستفيدين، فكلا الطرفين يلتزمان بكتمان السر وعدم اتخاذ أي وسيلة للتعرف على الطرف الآخر. والواقع، فالأسباب المبررة لهذا المبدأ تتجلى فيما يلي:

يتعلق السبب الأول بضمان إستقرار الأسرة. بمعنى أنه من مصلحة العائلة عدم رؤية إختلال في إستقرارها وهدوئها بسبب تدخل شخص أجنبي. فهذا الأخير لو تعرف على هوية المستفيدين قد يثير مشاكل في المستقبل ويزعم أن لديه حقوقا على المولود. فهذا المبدأ يعد ضمانا لإستقلالية الأسرة، وتحقيقا لسعادتها بعد إكتمالها بوجود الطفل.

وأما السبب الثاني متعلق بحماية مصلحة المتبرع نفسه، وهذا حتى لا يجد نفسه متورطا في أي علاقة مع الطفل الناجم عن تبرعه بمنيه. وباعتبار أن الهدف من وراء التبرع بالمني هو الإيثار ومساعدة غير القادرين على الإنجاب، فلا بد من توفير حماية صريحة ومشروعة للمتبرع. وهذا لا يتحقق إلا إذا طبق مبدأ عدم كشف عن هويته.

في حين يتعلق السبب الثالث بارتفاع نسبة المتبرعين. فعدم الكشف عن هوية المتبرعين سيدفعهم للإقبال على التبرع بشكل كبير وذلك لعدم تحملهم أية مسؤولية مستقبلا. كما لا تترتب عليهم أية إلتزامات تجاه المولود. فمهمتهم تكمن في التوجه لدى المركز وبوضع المني هناك تنتهي هذه المهمة. ومن ثم لو تم الكشف عن هويتهم فهذا سيؤدي حتما إلى الإنقاص من

عددهم مما يترتب عليه زوال أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير[1].

إذا قمنا بتحليل هذه الأسباب نجدها كلها قابلة للنقد، ففيما يخص السبب الأول نقول أن مبدأ السرية لا يحقق بالضرورة استقرار الأسرة إذ يكفي أن الزوج يعلم بأن الطفل ليس بولده وأن علاقته بزوجته لم تعد خاصة بهما فقط إنما شاركهما فيها طرف آخر، وهذا الإحساس لوحده كاف لإثارة غيرة الزوج وتفاقم المشاكل بينه وبين زوجته. ثم من له الحق في حرمان الطفل من حقه في معرفة أبيه البيولوجي؟ فبدلا من أن يهدف هذا المبدأ إلى تحقيق الإستقرار والسعادة سيؤدي إلى تفكك الأسرة والتأثير على التوازن النفسي للمولود.

أما عن السبب الثاني، فلا نعتقد أنه من مصلحة المتبرع أن يبتعد عن ولده ويقطع كل صلة به فإحساس الأبوة سيحرك لا محال في نفسيته الرغبة الشديدة في التعرف على ولده، وأمام هذا المبدأ سيكون من المستحيل أن تتحقق هذه الرغبة وفي هذا تأثير كبير على نفسية المتبرع لا ضمان لمصلحته. وحتى وإن أراد عدم التورط في أية مسؤولية تجاه المولود فلا داعي للنص على هذا المبدأ إذ يكفي أن يسجل هذا الأخير تحت إسم زوج والدته. من ناحية أخرى، لا يكون الهدف دائما من التبرع الإيثار إما قد يرجع ذلك إلى فضول المتبرع ورغبته في تجربة هذه التقنية الحديثة من الإنجاب. لهذا ينبغي لنا أن نتساءل هل فعلا هذا المبدأ يعد حماية صريحة ومشروعة للمتبرع؟ في نظرنا الإجابة تكون بالنفي فهذا المبدأ يتعارض مع كرامة المتبرع إذ يجعل منه مجرد آلة تنتج كائنا بشريا، كما أنه يقضي على رابطة الأبوة ويؤثر على مفهوم الأسرة فأين تكمن المصلحة في هذا كله؟

---

[1] Cf. Jean Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, op.cit., p.55.

ونشير إلى أن مجلس الدولة الفرنسي، من خلال التقرير الذي أعده سنة 1988 قد بين أهمية مبدأ سرية التبرع حيث جاء في التقرير ما يلي:

« Donner des gamètes, c'est donc contribuer à donner la vie à un enfant, mais c'est aussi s'associer à la naissance d'un enfant, en tant que celui-ci est le centre du projet parental d'autrui.
Le don de forces génétiques est donc doublement marqué par le fait –positif- qu'il est destiné à contribuer au projet parental d'un autre et par le fait -négatif- que le donneur n'a pas, à leur sujet de projet parental personnel. Il devient alors essentiel de poser que le don de gamètes n'a pas, pour son auteur, de conséquences parentales relativement à l'enfant qui en est issu. L'établissement de telles relations serait l'effet d'un double contre sens sur le don et, à certains égards, un double abus de confiance : la négociation du projet parental auquel le don entend contribuer; la violation de l'absence de projet parental de la part du donneur. Le don est l'abandon à autrui sans repentir ni risque de retour. Cette considération est l'exclusion de tout bien de filiation entre le donneur et l'enfant issu de la procréation… L'anonymat est donc tout à la fois le gage de l'autonomie et de l'épanouissement de la famille qui se fonde et la protection légale du désintéressement qui y contribue ».
Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p. 49.

أخيرا، الغرض من وراء فرض مبدأ السرية راجع إلى تشجيع القادرين على الإنجاب على التبرع وبالتالي الزيادة في نسبة عددهم. ونحن نرى أن التفكير بهذا الشكل يعد تفكيرا سلبيا وغير منطقي إذ من سيضمن ارتفاع النسبة بعد النص على هذا المبدأ، كما أن مسألة الزيادة أو النقصان في العدد لا تعد ضرورية ولا تشكل مشكلة مقارنة مع مصلحة الطفل وضرورة عدم المساس بحقه في معرفة أبويه البيولوجيين. فوق هذا كله، طالما أن المشرع أضفى الشرعية على هذا النوع من التلقيح فإن التقليل من نسبة المتبرعين لن يكون حتما بسبب خوفهم من الكشف عن هويتهم إنما هو راجع إلى رفضهم لأسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير. وهذا الرفض هو الذي سيؤدي إلى زوال هذا الأسلوب وليست نسبة التبرع.

إذا كان المبدأ العام هو عدم الكشف عن هوية المتبرع أو سرية التبرع، فإنه يرد عليه إستثناء يتمثل في إمكانية الإفصاح عن هويته إذا دعت الحاجة أو الضرورة إلى ذلك. وهذا كأن يولد الطفل الناجم عن التبرع بالمني مصابا بمرض خطير، في هذه الحالة يمكن للأطباء مراجعة الملف الذي يحتوي على جميع المعلومات الخاصة بالمتبرع أي الأب البيولوجي. ولقد ورد النص على هذا الإستثناء بموجب الفقرة الثانية من المادة 16-8 من القانون المدني القائلة:

« En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci ».

وتم التأكيد عليه بمقتضى الفقرة الثانية المادة 665-14 من قانون الصحة العامة والتي نصت على أنه:

«Il ne peut-être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique».

وهكذا إذا إستدعت الضرورة العلاجية الكشف عن هوية المتبرع، فإنه يمكن للأطباء الذين تولوا مهمة الإعتناء بالمتبرع أو المستفيدين لوحدهم الخروج عن الأصل العام.

وحفاظا على هذا المبدأ، قرر المشرع الفرنسي عقوبة توقع في حالة خرق هذا المبدأ وإن كانت أقل شدة من تلك التي توقع في حالة خرق مبدأ المجانية، وتتمثل العقوبة هنا في السجن لمدة سنتين وغرامة مالية تقدر بمائتي ألف فرنك فرنسي[1].

إذا كانت هذه هي المبادئ المعتمد عليها في التبرع، فما هي الشروط الواجب توافرها لإختيار الغير وتنفيذ عملية التلقيح الإصطناعي بنطفته؟

ثانيا: الشروط الواجب توافرها لإختيار الغير

طبقا للقانون الفرنسي، التبرع بالمني موجه للاستجابة لطلب غير القادرين على الإنجاب في تحقيق رغبتهم لممارسة الأبوة. كما أنه يهدف إلى منح المستفيدين مولودا في حالة ما إذا كان أحدهما مصابا بأحد الأمراض الوراثية الخطيرة.

نظرا لأهمية التبرع، فإنه لتنفيذ العملية لابد من توافر الشروط في أطرافها، حيث يتعين على مركز حفظ وتجميد السائل المنوي مراعاة توافر الشروط المطلوبة في المتبرع (I). كما يتعين على الطبيب المكلف بإجراء العملية أن يتأكد من توافر الشروط المتطلبة في المتبرع وفي المستفيدين (II).

I- الشروط الواجب توافرها في المتبرع

ليتم اختيار أنسب المتبرعين، لا بد من أن يتأكد المركز من توافر الشروط التالية في المتبرع:

1- شرط الزواج

يجب أن يكون المتبرع متزوجا، أو تربطه بالمرأة التي يعاشرها علاقة حرة معترف بها قانونا، كما يشترط أن يكون أبا لطفل على الأقل.وهذا ما نصت عليه المادة 673-2 من قانون الصحة العامة وذلك بقولها:

[1]- Cf. L'art. 511 – 10 du c.pén. dispose que « Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçu est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 FF d'amende ».

«Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé »,

ويستخلص من هذا النص التشريعي، أن المتبرع بالمني ينبغي أن يكون شخصا مرتبطا. ويعني بهذا أن الأشخاص المطلقين، أو الأرامل، لا يمكن لهم المشاركة في التبرع بمنيهم، إضافة إلى منع متحدي الجنس من التبرع[1].

و لم يكتف المشرع بهذا الشرط، بل اشترط أيضا أن يكون المتبرع قد أنجب قبل التبرع، أي أن يكون أبا لطفل على الأقل. ولعل السبب في وضع هذا الشرط راجع إلى أن المتبرع إذا كان من أب سيشعر بإحساس الأبوة وهذا سيدفعه للتبرع حتى ينقل هذا الإحساس لغير القادرين على الإنجاب.كما أن المتبرع إذا كان لديه مولود، فإنه بتبرعه ومساهمته في ولادة طفل إلى الوجود لن يثير مشكلا في المستقبل، ولن يبحث عن هذا المولود، وفي ذلك ضمان لاستقرار وراحة المستفيدين من العملية.

غير أن هذا الشرط كان محلا للنقد من قبل مجلس الدولة، إذ يرى بأنه سيؤدي إلى التقليل من عدد المتبرعين، وهو لا يرى مانعا من أن يسمح للأرامل أو المطلقين الذين أنجبوا طفلا على الأقل،التبرع لفائدة الأشخاص غير القادرين على الإنجاب.كما أضاف المجلس أن المتبرع إذا كان متزوجا أو تربطه علاقة حرة معترف بها فلا مانع من أن يقوم بالتبرع حتى و لم يسبق له الإنجاب من قبل شريطة أن يتحصل على موافقة زوجته أو رفيقته على هذا الأساس، ومن ثم دعا المجلس إلى ضرورة تعديل المادة 673-2 من قانون الصحة العامة[2].

وأمام هذا النقد، ذهب المشرع الفرنسي إلى تعديل نص المادة 673-2 من قانون الصحة العامة بمقتضى القانون 2004-800 الذي اكتفى بالإشترط على أن يكون المتبرع أبا، وهذا ما سيسمح للمطلقين والأرامل بالتبرع. أما إذا كان المتبرع متزوجا أو له علاقة حرة بامرأة و لم ينجبا، فلا مانع من أن يتبرع بعد حصوله على موافقة الطرف الآخر. وهو التعديل الذي ورد في نص المادة 1244-2 من قانون الصحة العامة:

«Le donneur doit avoir procréé, son consentement et s'il fait partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes».

[1] - Cf. Jean MIGUEL et Christophe BUTRUILLE ,op.cit.,p.151.
[2] - Cf .Conseil d'Etat,op.cit.,p.48.

في نظرنا لا نعتقد أن المشرع حسنا فعل بتعديله لنص المادة 673-2 من قانون الصحة العامة، وذلك لأنه بهذا التعديل يكون قد راعى فقط عدد المتبرعين فكان هدفه الوحيد هو زيادة نسبتهم وذلك من خلال فتح مجال التبرع للمطلقين والأرامل. غير أن التساؤل الذي يثار من سيضمن إرتفاع النسبة بعد هذا التعديل؟

ومن ناحية أخرى، إن التعديل أباح لمن تربطه علاقة زواج أو رابطة حرة معترف بها أن يتبرع حتى ولو لم يكن قد أنجب من قبل، نحن لا نشاطر هذا الرأي لأن المتبرع إذا لم تنجب زوجته وقام بالتبرع فإن ذلك سيدفعه للبحث عن ولده وإثارة المشاكل في المستقبل، أما إذا كان له ولد قبل تبرعه فإنه لن يثيرها حتى وإن تحرك لديه شعور الأبوة لإكتفائه بولد على الأقل، ولإحساسه بمعنى الأبوة التي قد تكون سببا في عدم اتخاذ أي خطوة لحرمان المستفيدين من هذا الإحساس.

خلاصة القول، لم يكن من الضروري أن يقوم المشرع بتعديل نص المادة 673-2 أعلاه فقط على أساس ثانوي، فالمادة قبل التعديل كانت تعد أكثر ضمانا مقارنة مع النص الجديد.

2- الرضا

يشترط أن يعبر المتبرع عن رضاه ورغبته في التبرع بمنيه لتلقح بواسطته امرأة أجنبية عنه. هذا ويشترط إلى جانب المتبرع، أن تعبر زوجته أو رفيقته بموافقتها الصريحة على هذا التبرع. ويتم التعبير عن رضاهما كتابيا طبقا لنص المادة 673-2 من قانون الصحة العامة وذلك بقولها:

«...Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit ».

غير أنه بإمكانهما أن يتراجعا عن رضاهما شريطة أن يتم ذلك قبل إجراء العملية.

يعتبر هذا الشرط شرطا ضروريا لا بد من توافره عند اتخاذ إجراءات التبرع وذلك لكي يكون حجة قاطعة في مواجهة المتبرع الذي قد يدعي أنه وضع منيه لدى المركز من أجل إجراء بعض التحاليل عليه، أو من أجل خضوع زوجته للتلقيح مستقبلا وليس لأجل للتبرع.

كما أنه يعتبر دليلا على أن المتبرع قام بالتبرع بناءا على رغبته الحرة والصريحة لا تحت أي ضغط أو تهديد.

3- شرط السن

لم يشترط المشرع الفرنسي سنا معينا في المتبرع، كل ما يهم أن يكون في سن يسمح له بالإنجاب. ولكن، فمراكز حفظ وتجميد السائل المنوي قد اختلفت بشأن السن، فهناك من اشترطت أن لا يتعدى المتبرع سن خمسة وأربعين سنة[1] وهناك من رفعتها إلى خمس وخمسين سنة[2].

كان يتعين على المشرع الفرنسي تحديد سنا معينا في المتبرع وذلك نظرا لما يلعبه السن من دور هام في مسألة الإنجاب، وكما هو ملاحظ حتى المراكز اختلفت بشأن تحديده، ليس هذا فحسب إنما اكتفت بتحديد الحد الأقصى الواجب مراعاته دون ذكر حد أدنى له.

أخطأ المشرع بدوره لعدم قيامه بتحديد السن الأدنى والأقصى الواجب توافره في المتبرع. فوقوفه عند عبارة أن المتبرع يجب أن يكون في سن يسمح له بالإنجاب تفتح بابا واسعا أمام القصر للجوء إلى المراكز بغية التبرع كونهم قادرين على الإنجاب. فكيف يكون القاصر ممنوعا من الزواج لعدم بلوغه سن الرشد وعدم تحمله مسؤولية الأسرة ومع ذلك يسمح له باتخاذ خطوة أكبر تؤدي إلى وضع كائن بشري إلى الوجود. في هذا الصدد تثار عدة تساؤلات منها:هل يعتبر منطقيا أن تلقح المرأة بمني شخص قد تكون هي في سن والدته؟ وماذا عن حالتها النفسية إن علمت بالأمر؟ وهل يحق لمراكز حفظ وتجميد السائل المنوي وفي غياب نص قانوني أن ترفض تبرع القاصر؟ والأهم من هذا كله هل سيراعي القاصر جميع الشروط القانونية المنظمة لمسألة التبرع بما فيها مبدأي المجانية وعدم الكشف عن الهوية.

نحن لا نعتقد أن القاصر يكون مؤهلا لاتخاذ قرار مساعدة غير القادرين على الإنجاب، ولن يكون واعيا للنتائج المترتبة عن تبرعه. إنما طيشه ورغبته في الخضوع لتقنية مختلفة أو حاجته لمعرفة إذا كان قادرا فعلا على الإنجاب كلها أسباب تدفعه إلى التبرع.

[1]- Cf. Jean MIGUEL et Christophe BUTRUILLE, op.cit., p.153 ; Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit.,p.81.
[2]- Cf. André CLAVERT, La fécondation Française des CECOS, op.cit., p.20.

وعليه، من أجل تفادي هذه المخاطر يتعين على المشرع التدخل لإعطاء الموضوع أكثر أهمية وجدية.

4- تحديد عدد الولادات

نص المشرع الفرنسي حين صدور قانون 1994، على أن لا يكون السائل المنوي محلا لولادة أكثر من خمسة أطفال، وهذا ما يستنبط من المادة 673-4 من قانون الصحة العامة التي نصت على أنه:

«Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de cinq enfants».

والحقيقة، إن السبب في تحديد عملية عدد الولادات مرتبط بتفادي تفاقم خطر وجود عدد كبير من الأطفال الناجمين من نطف نفس المتبرع.

غير أن هذا النص تعرض للنقد، فولادة خمسة أطفال من نطف نفس المتبرع لا يؤدي بالضرورة إلى تشكيل أية خطورة حتى وإن تواجد الأطفال ضمن عائلة مستفيدة واحدة نتيجة للحمل المضاعف أو التبرع المتتابع. هذا وأعلنت الغرفة البرلمانية استنادا لتقدير أخصائي النمو الديموغرافي، أن خطر متحدي الدم لا يطرح إلا في حالة ولادة أكثر من عشرين مولودا من نطف نفس المتبرع.

ومن جهته، اقترح مجلس الدولة الفرنسي رفع عدد الولادات[1]، وهو ما تبناه فعلا المشرع، إذ نصت المادة 1244 – 4 من قانون الصحة العامة بعد التعديل الذي أحدثه سنة 2004 على إمكانية أن يكون المتبرع أصلا في ولادة عشرة أطفال لا أكثر.

«Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants».

على الرغم من أن الغرفة البرلمانية ومجلس الدولة اقترحا على المشرع أن يرفع عدد الولادات إلى عشرة أطفال بناءا على إحصائيات مقدمة من قبل أخصائي النمو الديموغرافي والتي أكدت على عدم تواجد أي خطر، إلا أننا نعتقد أن المشرع بتبنيه هذا الإقتراح لم يتخذ الموقف

[1] - Cf.André CLAVERT, la fécondation Française des CECOS, op.cit.,p.20.

السليم نظرا لما يشكله النص المعدل من خطورة إجتماعية. فالمساهمة في وضع عشرة أولاد من أب واحد قد ينجم عنها مستقبلا تزاوج أو إقامة علاقة حرة بين هؤلاء الإخوة دون علم أحدهم بذلك بسبب مبدأ سرية التبرع المفروض من قبل المشرع.

لهذا نرى أنه كان يتوجب على المشرع أن يتخوف من رفع هذا العدد حتى وإن كانت نسبة حدوث المشاكل ضئيلة جدا. وإن أراد التعديل فعلا فمن الأجدر أن يبقي على العدد السابق أي خمسة أطفال مع إضافة شرط أن يتم التبرع لنفس العائلة فيكون الأبناء من أم وأب واحد، أو أن ينص على أن يكون السائل المنوي للمتبرع محلا لولادة طفلين لا أكثر بدلا من رفعه إلى عشرة أطفال وهكذا يستبعد حدوث أي خطر في المستقبل.

5 – خضوعه لإجراء فحوص طبية

سبقت الإشارة[1] إلى أنه من بين الحالات التي تستدعي اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير هي إصابة الزوج بأمراض وراثية خطيرة. ونظرا لاحتمال إصابة المتبرع بأحد الأمراض المعدية، عمدت مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي إلى ضرورة إجراء فحوص طبية ليتم التأكد من خلوه من هذه الأمراض[2].

يتم إجراء هذه الفحوص على مرحلتين. ففي المرحلة الأولى تجرى له الفحوصات قبل التبرع، وفي المرحلة الثانية يعاد إجراء هذه الفحوصات الطبية بعد مرور ستة أشهر من التبرع.

ونشير في هذا الصدد، إلى أن منظمة حفظ وتجميد السائل المنوي أخضعت حوالي 1609 مرشحا للتبرع، لإجراء فحوص طبية، وعلى إثر هذه المراقبة قامت بتصنيف المتبرعين إلى ثلاث مراتب:

– ففي المرتبة الأولى تم إقصاء المتبرعين لإرتفاع نسبة الخطر لديهم، قدرت النسبة بحوالي 2,6 بالمائة من مجموع عدد المرشحين.

[1]- أنظر، المطلب الثاني من المبحث الأول، ص. 35. من هذه الدراسة.

[2] - Cf. Jean MIGUEL et Christophe BUTRUILLE, op.cit., p.153.

– أما المرتبة الثانية فتمثل فئة المتبرعين الذين تم الإحتفاظ بسائلهم المنوي، لثبوت خلوهم من الإصابة بأي مرض وراثي خطير، شكلوا نسبة 69،6 بالمائة.

وأخيرا مثلت المرتبة الثالثة الأشخاص الذين تم قبولهم بالرغم من اكتشاف إصابتهم بأمراض وراثية، لكن هذه الأخيرة لا تشكل خطورة كما هو الحال بالنسبة لفئة المرتبة الأولى. لهذا يتم الإحتفاظ بسائلهم المنوي شريطة توخي الحذر، إذ يجب أن يسلم للمرأة المستفيدة التي لا تحمل نفس الأمراض الوراثية المصاب بها المتبرع، حددت نسبتهم ب 72,8 بالمائة[1].

مما لاشك فيه أن هذا الشرط يعد ضروريا وذلك حفاظا على صحة وسلامة المستفيدة والمولود معا. فمن المنطقي أن يتم التأكد قبل الشروع في تنفيذ العملية من الخلو من الأمراض الوراثية الخطيرة والمعدية للحصول على أفضل النتائج.

يلعب المتبرع دورا هاما في عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير كونه يعد الطرف الرئيسي المساهم في وضع المولود إلى الوجود. لهذا السبب كان لزاما على المشرع أن يشترط الشروط المذكورة أعلاه، لكن هذا لا يمنع من توافر شروط أيضا في المستفيدين من التبرع.

II- الشروط الواجب توفرها في المستفيدين من التبرع

حتى تلقح المرأة بمني زوجها لابد من توافر الشروط التالية:

1- يجب أن تكون المرأة متزوجة، أو على علاقة حرة برجل لا تقل عن سنتين.

2- لا يشترط في المرأة سنا معينا، وإنما ينبغي أن تكون في سن يسمح لها بالإنجاب.

3- يشترط أن تعبر المستفيدة من التبرع عن رغبتها في الخضوع لهذا الأسلوب من التلقيح، كما يشترط أن يعبر زوجها أو رفيقها عن موافقته الصريحة والحرة على أن تلقح بمني رجل أجنبي.

[1] -Cf. Jacqueline SELVA, Le contrôle génétique du donneur, l'heure du doute, insémination artificielle, Enjeux et problèmes éthiques, éd. John LIBBEY, Eurotext, Paris, 1994, pp. 38 et s.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد اشترط في الشخصين الراغبين في الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أن يعبرا عن رضاهما كتابة، فإنه اشترط على المستفيدين من اللجوء لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير أن يبديا موافقتهما الصريحة أمام الموثق أو القاضي.

هذا ويسمح لهما بالتراجع عن الرضا، في أي وقت قبل البدء في إجراء العملية. ويبطل هذا الأخير طبقا للحالات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 311- 20 من القانون المدني والمتمثلة في حالة وفاة أحد الزوجين، أو رفع أحدهما دعوى فك الرابطة الزوجية، أو إذا كانا في حالة انفصال جسماني.

4- تخضع المستفيدة لإجراء فحوص طبية للتأكد من خلوها من الأمراض الوراثية الخطيرة

5- أخيرا لا تلقح المرأة بمني الغير إلا في حالة فشل محاولات إحداث التلاقي بين البويضة ومني الزوج أو الرفيق.

متى اجتمعت الشروط المذكورة أعلاه، مع الشروط الواجب توافرها في المتبرع يسمح للمرأة بأن تخضع لأسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير.

ختاما من خلال ما تقدم ذكره في هذا المبحث نستخلص أنه بغض النظر عن مدى مشروعية الأسلوبين -التلقيح الاصطناعي بنطفة الزوج أو التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير- من عدم مشروعيتهما تتم العملية في كلتا الحالتين داخل رحم المرأة لهذا سميت هذه الصورة من التلقيح بالتلقيح الإصطناعي الداخلي. فما هي الصورة الثانية من التلقيح الإصطناعي؟

المبحث الثاني

التلقيح الإصطناعي الخارجي

بالرغم من أن صورة التلقيح الإصطناعي الداخلي بأسلوبيها حققت نجاحا كبيرا، وساهمت في القضاء على جانب من مشكلة العقم وما تثيره من مشاكل نفسية، إلا أنها عجزت عن تحقيق الهدف المنشود بسبب فشل التقاء النطفة بالبويضة داخل رحم الزوجة. وباعتبار أنه

يتعذر تحقيق التلقيح داخليا، فكر الطب في محاولة إجرائه خارج الرحم، ولذلك سمي بالتلقيح الإصطناعي الخارجي.

وعلى غرار الصورة السابقة، فإن هذه الصورة تتضمن أسلوبين، أولهما يتمثل في استخراج بويضات ووضعها في أنبوب به سائل مناسب، مع البذور الذكرية لحدوث التخصيب، وبعد مدة تنقل البويضات الملقحة داخل رحم المرأة، وتسمى هذه الطريقة بالتلقيح الإصطناعي بواسطة أنبوب الإختبار (المطلب الأول). أما الأسلوب الثاني يتمثل في حالة عدم قدرة المرأة على حمل الجنين، مما يستدعي تدخل امرأة أخرى لتنفيذ العملية بدلا عنها، فيتكون الجنين في رحم المرأة المتبرعة لتقوم بتسليمه للمرأة العقيمة بعد تمام ولادته، وتسمى هذه الطريقة بالتلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة(المطلب الثاني).

المطلب الأول

التلقيح الإصطناعي بواسطة أنبوب الإختبار

توصل الإكتشاف الطبي إلى استخدام تقنية تمكن من إحداث التلاقي بين البويضة والمني داخل أنبوب، وذلك في حالة فشل عملية التخصيب داخل رحم المرأة، إذ تستخرج البويضة وتوضع في وعاء خاص يحتوي على السائل المنوي. وبعد أن تتشكل البويضة المخصبة تحول لتزرع داخل الرحم فيكتمل نمو الجنين به.

الحقيقة، أن هذا الأسلوب من التلقيح لا يعتبر حديث النشأة، فقد تم تجربته في بادئ الأمر على الأرانب، وكان ذلك بالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا في الفترة ما بين 1954 و 1959 فتكللت المحاولة بالنجاح. وهو ما دفع بالطب إلى التفكير في إجراء المحاولة على الكائن البشري، وتم ذلك فعلا سنة 1970 بمدينة "Cambridge" من طرف الدكتور "Robert Edwards"، إلا أن العملية باءت بالفشل. وتكررت المحاولة ببريطانيا، فتكللت بالنجاح، إذ على إثر تخصيب بويضة امرأة بمني زوجها داخل الأنبوب أنجبت أول طفلة أنبوب في العالم تدعى "Louisa Brown" بتاريخ 25 جويلية 1978[1] . وقد أحدث ميلاد هذه الطفلة ضجة إعلامية كبيرة، واهتمام الأطباء

[1]- Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique, 1953-2003, V. sur http:// www.généthique.org.

والعامة بهذا الأسلوب، فتوالت المحاولات في عدة دول، من بينها فرنسا التي رصدت حوالي عشرة آلاف طفل أنجبوا بهذه الطريقة[1].

بعد أن كانت هذه التقنية تستدعي استعمال بويضة امرأة لتلقح بمني زوجها أو رفيقها داخل الأنبوب، ذهب الطب لأبعد من ذلك إذ أصبح بالإمكان الإستعانة ببويضة امرأة أجنبية لتلقح بمني رجل المرأة العقيمة، ليس هذا فحسب، إنما ابتكر الطب من أجل مساعدة الزوجين الذين يعانيان من عدم القدرة على الإنجاب معا حلا لهما يقتضي زرع بويضة مخصبة أجنبية عنهما داخل رحم الزوجة العقيمة. بهذه الإكتشافات الطبية تعددت تقنيات التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب (الفرع الأول).

وباعتبار أن هذا الأسلوب يتطلب استخراج أكبر عدد ممكن من البويضات لارتفاع فرص نجاح عملية الزرع، فإن ذلك سيؤدي إلى إحداث فائض في البويضات المخصبة التي يتم تجميدها لحين موعد استعمالها. وهذه الطريقة خلقت حالة خاصة تتمثل في المطالبة بزرع هذه البويضات المخصبة بعد وفاة الزوج أو الرفيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعدد تقنيات التلقيح الإصطناعي بواسطة الأنبوب

تهدف عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة أنبوب الإختبار إلى إحداث التلاقي بين المني والبويضة داخل المخبر، وبعدما كان هذا الأسلوب مقتصرا على الإستعانة بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة (أولا)، ظهرت تقنية أخرى تعتمد على استخدام بويضة امرأة أجنبية عن الزوج (ثانيا). ولم تقف المحاولات الطبية عند هذا الحد، إنما ذهبت إلى استخدام بويضة مخصبة لشخصين أجنبيين عن المستفيدين داخل رحم الزوجة العقيمة (ثالثا).

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 49.

أولا: إحداث التلاقي بين مني الزوج وبويضة رحم الزوجة

قد يتعذر على المرأة أن تنجب بسبب انسداد الأنبوب الرحمي لها، أو حدوث إفرازات في عنق الرحم معادية للحيوانات المنوية نتيجة لهذه الأسباب، يستحيل أن يحدث إخصاب بين البويضة والمني داخل رحم الزوجة، الأمر الذي يستدعي إجراء هذا التلقيح خارج الرحم. وبمعنى أدق تؤخذ بويضة الزوجة وتلقح بمني الزوج داخل الأنبوب، وعند نجاح عملية الإخصاب يتم زرع البويضة المخصبة داخل رحمها ليأخذ الحمل مجراه الطبيعي. ولكن وحتى تكلل العملية بالنجاح لابد من إتباع مراحل معينة تتمثل أولا في تنشيط المبيض فعادة لا ينتج جهاز المرأة إلا بويضة واحدة، وباعتبار أن أسلوب التلقيح داخل الأنبوب يتطلب استخراج أكبر عدد ممكن من البويضات لمضاعفة فرص نجاح العملية، يقوم الأطباء بحقن المرأة بواسطة هرمونات تساعد على تنشيط المبيض لحثه على إطلاق كمية معتبرة من البويضات. بعد هذه المرحلة. تأتي مرحلة استخراج البويضات التي أطلقها المبيض، حيث تخضع المريضة لعملية جراحية يتم على إثرها انتزاع هذه البويضات بواسطة إبرة خاصة لتوضع في أنبوب مخصص لها، وتسلم للطبيب من أجل إحصاء عددها. وفي نفس الوقت يتم استقبال الحيوانات المنوية للزوج حتى تكون جاهزة لحظة استخدام البويضات. وبعدها يتم اختيار أنسب البويضات والحيوانات المنوية بعد التأكد من خلوها من الأمراض وقابليتها للتخصيب. وبهذا يوضع حوالي خمسين ألف حيوان منوي حول كل بويضة داخل الأنبوب ليحدث التلاقي بينهما. وبنجاح عملية الإخصاب يتم اختيار أفضل البويضات المخصبة المقاومة للتحويل لتزرع داخل رحم الزوجة العقيمة بواسطة قسطرة (Cathéter) الذي يساعد اختراقها عنق الرحم للمرور إلى الرحم الذي يكون مستعدا لإستقبال هذه البويضات المخصبة. وهكذا يتم العلوق في الجدار ليتشكل الجنين ويستكمل نموه[1].

إن هذه الطريقة تدعى بالتلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب التقليدية، وذلك لاكتشاف تقنية جديدة تدعى التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب بواسطة الحقن (Fécondation in vitro avec micro-injection).

[1] - Cf. Jean MIGUEL et Christophe BUTRUILLE, op.cit., pp.112 et s.

استعملت هذه التقنية لأول مرة في فرنسا سنة 1992، وكان ذلك بالصدفة إذ على إثر خطأ ارتكبه الطبيب بقيامه بحقن المني والبويضات التي تم استخراجها مباشرة من رحم المرأة نتج مولود.

منذ ذلك الحين أصبحت هذه التقنية تستخدم، في حالات معينة، منها إصابة الزوج بعقم استحال علاجه، أو أن تستعمل بعد فشل سابقتها. والملاحظ أن هذه التقنية الجديدة تتبع لإجرائها المراحل المتبعة في التقنية القديمة، ما عدا المرحلة التي تتجه فيها الحيوانات المنوية إلى البويضات[1].

وقد أكد الأطباء على أن هذه التقنية لا تنتج عنها أدنى مشكلة من الناحية الطبية، لكن الأكثر تعقيدا فيها هو الحالة النفسية التي تواكب المرأة طيلة فترة الإعداد من جراء تدخلهم في خفايا المياه السرية للأشخاص[2].

إن تقنية التلقيح الإصطناعي باستعمال مني الزوج وبويضة رحم الزوجة، لا تثير مشاكل قانونية، فقد أجازها القانون الفرنسي بموجب المادة 152-2 فقرة 03 من قانون الصحة العامة.

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

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

في هذا الصدد، انقسم الفقه الإسلامي المعاصر إلى اتجاهين، ذهب الأول إلى القول بعدم

[1] - Cf. Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.76.

[2]- أنظر، المضواحي عمر، وكالات لتأجير الأرحام وشتل الأجنة، جريدة المسلمون، 1997/03/28، ع.634، ص.7.

جواز هذا النوع من التلقيح[1]، وحجته في ذلك أن أسلوب التلقيح داخل الأنبوب يفترض كشف المرأة عن عورتها وتصويب النظر إلى مواطن الفتنة لديها وهذا يتنافى مع قاعدة سد الذرائع لذا لا من مانع طفل الأنبوب. كما أن العملية هذه قد تتسبب في حدوث اختلاط في الأنساب نتيجة لإرتكاب خلط في البويضات وفي الحيوانات المنوية، أضف إلى ذلك طفل الأنبوب ليس سوى تجربة علمية ظنية.

هذا وقد قدم الدكتور عبد الرحمان بن عبد الخالق مجموعة من الأسباب التي تجعل الفقهاء المسلمون يعارضون هذه الطريقة في الإخصاب نذكرها على النحو التالي[2]:

- إن هذه الطريقة للحمل بين الأزواج هي غير الطريق الفطري الذي هدى الله الرجل والمرأة إليه.

- إن هذه الطريقة تحفها المخاطر من كل جانب فلا يؤمن الخطأ في الأنابيب وهو أمر وارد في كل المختبرات والتحاليل، فيعطى مني رجل بدل الآخر، وتسلم اللقيحة مكان الأخرى، وبالتالي تختلط الأنساب.

- إننا لا نأمل سوء النية من أن يستعير الرجل ماء غيره تلبيسا على زوجته، وأن تحصل الزوجة على مني غير زوجها، وأن يتساهل الناس شيئا فشيئا في هذا الحيوان المنوي، وهو حيوان لا يرى بالعين المجردة، وفي هذه البويضة التي هي أصغر من حبة الخردل بكثير.

- أنه بفتح مراكز لهذا التلقيح الصناعي ستفتح باب الشر كله، وسيبدأ بين الزوجين، ثم إذا أصبح عملا تجاريا مربحا، والحال أنه دقيق جدا وخفي لا يطلع عليه إلا الخبراء وأهل المهنة، فإن الغش فيه وارد بل محتمل وجائز.

---

[1]- أنظر، عبد الحليم محمود، الفتاوى، دار المعارف، مصر، ج.2، ص.246؛ محمد إبراهيم، طفل الأنابيب، مجلة البعث الإسلامي،1984، ع.5، ص.91، مقتبس من تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، م.ج.ع.ق.إ.س، 2003، ع.01، ص. 40.

[2]- أنظر، برادة غزيول أمحمد، الإخصاب الصناعي من منظور إسلامي، على الموقع members.lycos.fr/berradaz/m3.htm

– من يدري ماذا سيكون عليه أمر الطفل الذي كان (لقيحته) في أنبوبة فترة من عمره، هل سيؤثر هذا في نفسيته وسلوكه أم لا. ولكننا ندرك على وجه اليقين أن هؤلاء الأطفال سيكونون موضع التندر والسخرية في مجتمعنا وسيكونون موضع تساؤلات وشك كذلك.

على خلاف الإتجاه الثاني الذي ذهب إلى اعتبار التلقيح الإصطناعي بواسطة الأنبوب أسلوبا شرعيا[1] مستدلا بدوره بعدة أسانيد أهمها أن من بين أهداف الزواج تحصيل النسل والمحافظة عليه، فإذا لم يتم ذلك بالطريقة الطبيعية فلا مانع من تحقيقه عن طريق هذا النوع من التلقيح خاصة وأن الغاية منه الإنسال المنظم. وطالما أن هذا الأسلوب يقضي على مشكلة العقم فلا بد من اعتباره صورة من صور التداوي الذي يعد أمرا مباحا شرعا. وفي هذا المضمار يقول الشيخ محمود شلتوت:"بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الصناعي الإنساني...أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لنظم المجتمعات الإنسانية الفاضلة وكان عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج. وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يذكر به والديه وبه تمتد حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية والإجتماعية، فيطمئنان على دوام العشرة وبقاء المولود بينهما..."[2].

من جانبه أصدر مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة فتوى في هذا الموضوع حيث:

1- أجاز تلقيح الزوجة اصطناعيا وداخليا بماء زوجها حتى يتم الحمل.

2 - التلقيح الذي يتم خارجيا – في إناء — بين بذرتي الزوجة والزوج ثم يعاد إلى رحم الزوجة"هو أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته بالنظر الشرعي، ولكنه غير سليم تماما من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات، فلا ينبغي أن يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبعد أن تتوفر الشروط التالية:

– أن يكون التلقيح قد تم من مني الزوج.

---

[1]- أنظر، زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة، ط.01، مؤسسة الرسالة، 1993، ج.10، ص.391، مقتبس من تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص.41.

[2]- أنظر، الشيخ شلتوت محمود، الفتاوى، دار الشروق، القاهرة، 1980، ص.54 وما بعدها، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، المرجع السابق،م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003،ع.01، ص.42.

– أن يتم هذا التلقيح في حياة الزوج وليس بعد مماته وأنه إذا تمت هذه العملية بعد وفاة الزوج فإن التلقيح بالبويضة المجمدة يعتبر تلقيح بحرام.

– أن يكون من يقوم بهذه العملية من أطباء ومساعدين له والمختبرات التي تتم فيها هذه العملية كلهم مسلمين مؤتمنين تجنبا لما يمكن أن يقوم به غير المسلم من تلقيح البويضة من غير جرثومة الزوج أو بويضة غير الزوجة أي بواسطة غريب عن الزوجين"[1].

من خلال ما تقدم ذكره، نؤيد الإتجاه الثاني من الفقه نظرا لكون التلقيح داخل الأنبوب لم يعد مجرد تجربة علمية ظنية إنما هو طريقة علمية أثبتت تواجدها ونجاحها في المجال البيوطبي، زيادة على ذلك لا يمكن الإعتداد بقاعدة سد الذرائع، لأن المرأة لا تكشف عن عورتها بهدف تصويب النظر إلى مواطن فتنتها وإنما تكشف عنها بهدف العلاج والتداوي. وهذا أمر ضروري ومباح، ولا مجال للحديث هنا عن الحرام طالما أن الضرورات تبيح المحظورات.

هذا عن الناحية الفقهية، أما فيما يتعلق بالناحية القانونية فنقول أنه حتى وإن لم يرد نص يبيح صراحة هذا النوع من التلقيح، فإنه يمكن أن نستشف ذلك ضمنيا من بعض النصوص القانونية كنص المادة 68 من القانون رقم 85-05 الصادر في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها حيث جاء فيها:" تتمثل حماية الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية الإجتماعية والإدارية التي تستهدف على الخصوص في حماية الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية والإجتماعية لها قبل الحمل وخلاله وبعده". كما نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار رقم 97 الصادر عن الوزارة بتاريخ 04 سبتمبر1995 المتضمن إنشاء مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب على أنه:" من بين مهام هذه المراكز التولي بتكفل الزوجين العقيمين عن طريق تقديم لهما علاج ذو مستوى عالي"[2].

ختاما، متى تم التلقيح الإصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة داخل الأنبوب، وتوافرت جميع الشروط المذكورة أعلاه اعتبر مباحا شرعا وقانونا لأنه بهذه الطريقة يدخل في إطار العلاج. ويبقى هذا النوع من التلقيح شبيها بالتلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج غير أن

---

[1]- أنظر في هذا الصدد، قرار المجمع الفقهي الإسلامي بقلم برادة غزيول أحمد، المرجع السابق، على نفس الموقع.

[2]- أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01.ص.43.

الفرق بشأنه يكمن في كونه خارج الرحم لاستحالة تلاقي البويضة والمني. ورغم أهميته إلا أنه لم يقض على مشكلة العقم نهائيا، فهناك حالات يستحيل فيها الحصول على بويضة الزوجة. من أجل حل هذا المشكل قام الطب بتجربة التلقيح داخل الأنبوب ببويضة أجنبية عن الزوج.

ثانيا: التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب ببويضة أجنبية عن الزوج

قد لا تكلل عملية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب باستعمال نطف الزوجين بالنجاح، وخاصة إذا كانت الزوجة غير قادرة على الإنجاب لانعدام المبيض لديها، أو أن لديها مبيض غير أنه عاطل أي لا ينتج بويضات. كما قد تكون مصابة بمرض خطير يخشى انتقاله إلى المولود أو تعاني من مرض استدعى معالجتها بواسطة الأشعة وأدى هذا العلاج إلى إصابتها بالعقم. وأحيانا يكون السبب بلوغها سن اليأس مبكرا[1].

كل هذه الأسباب تقف عائقا أمام تحقيق رغبتها في الإنجاب. لهذا اعتمد الطب على تقنية أخرى تتمثل في استبدال البويضات القادرة على الإنجاب مكان تلك الغير القادرة ويتم تلقيحها بمني الزوج داخل الأنبوب. وعند نجاح التخصيب تحول البويضة المخصبة لتزرع داخل رحم المرأة العقيمة وتدعى هذه الوسيلة بالتبرع بالبويضات " Don d'ovocytes " .

فما هو مصدر التبرع؟

1- مصدر التبرع

إلى جانب التبرع بالسائل المنوي للقضاء على ضعف خصوبة الرجل، يتم التبرع بالبويضات من قبل نساء لمساعدة من يعانين من عدم القدرة على الإنجاب للأسباب المذكورة أعلاه. ويمكن توزيع المتبرعات إلى خمسة أصناف حسب الدافع والطريقة التي تم بها التبرع.

الصنف الأول: قد تلجأ امرأة قادرة على الإنجاب للتبرع ببويضتها لصالح زوجين غير قادرين على الإنجاب بسبب عقم الزوجة. في هذه الحالة تتبرع تلقائيا أو عفويا. بمعنى أن الباعث

[1] - Cf. Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.82 ;
- مأمون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.76.

العاطفي هو الذي دفعها إلى اللجوء للمركز من أجل التبرع فيكون بهذا غرضها الإيثار.يطلق على هذا الصنف بتسمية"Donneuse spontanée"، وهو من الناحية العلمية قليل جدا.

* الصنف الثاني: قد تتوجه المرأة إلى المستشفى من أجل أن تجرى عليها فحوصات طبية أو لتخضع لعملية تنشيط المبيض دون أن تكون لها نية التبرع لكن العلاج قد يستدعى بقاءها لمدة طويلة في المستشفى، فتتولد لديها الرغبة صدفة بالتبرع لمساعدة الغير القادرين على الإنجاب، يطلق عليها في هذه الحالة اسم: "Donneuse occasionnelle".

* الصنف الثالث: قد تخضع المتبرعة نفسها إلى عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأنبوب فيحدث فائض في البويضات "Ovocytes surnuméraire". ويتم التبرع بهذا الفائض لصالح أشخاص آخرين راغبين في الحصول على ذرية تدعى المرأة المتبرعة في هذه الحالة بـــ "Donneuse additionnelle".

* الصنف الرابع: قد يكون للمتبرعة علاقة بالمستفيدين كأن تكون قريبة لأحد الزوجين أو كلاهما، أو تكون صديقة لهما. فتتبرع ببويضتها من أجل مساعدتهما على الإنجاب، وهنا تكون المرأة "Donneuse relationnelle".

* الصنف الخامس: يندرج ضمن هذا الصنف الأخير، النساء اللواتي يقمن بتأجير ببويضاتهن لصالح الغير بمقابل، أي أن هدفهن هو تحصيل المال- ذو طابع تجاري. هذا الصنف وإن كان مسموحا به في بعض الدول إلا أنه غير جائز في فرنسا وتدعى المتبرعة " Donneuse rémunérée[1] ".

من خلال ما تقدم ذكره، يمكن القول أنه حتى وإن اختلف الدافع على التبرع، فإن النتيجة تبقى واحدة في كل الأحوال تتمثل في ولادة طفل يحمل صفات وراثية لامرأة أجنبية عن والده. فهل تعتبر هذه التقنية من الإنجاب مشروعة طبقا للقانونين الفرنسي والجزائري؟

---

[1] - Cf. Loukia SARONTI, Dix années de don d'ovocytes, les préparations médicalements assistées, vingt ans après, éd. Jacob ODILE, France,1998.

المشرع الفرنسي لما أجاز التبرع بالمني ، أباح بالمقابل التبرع بالبويضات[1]. هذا يظهر جليا من خلال المادة 673 – 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي حيث نص على:

«Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation ».

برجوعنا إلى المادة 45 مكرر من قانون أسرة نجدها تنص على أن التلقيح الإصطناعي يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، وهذا يعني عدم تدخل طرف آخر أجنبي عن العلاقة الزوجية سواء كان رجلا أو امرأة، مما يؤدي إلى القول بعدم مشروعية هذه التقنية من الإنجاب.

كما أن مشروع قانون الصحة العامة الجزائري، نص على عدم جواز هذا الأسلوب من التلقيح حتى وإن كان بين درتين، بمعنى آخر حتى وإن كانت المتبرعة بالبويضة هي زوجة ثانية للزوج، فإنه لا يجوز أن تزرع بويضتها المخصبة داخل رحم زوجته الأولى العقيمة[2].

إن عدم جواز هذه التقنية من التلقيح يعتبر أمرا منطقيا، يتماشى مع نظامنا العام والآداب العامة كما أنه يساير الشريعة الإسلامية. فمن غير المنطقي أن تلقح امرأة أجنبية بمني رجل أجنبي عنها، والقول بعكس هذا يؤدي إلى المساس بقدسية الزواج والعلاقات الشرعية التي يحرص الدين الإسلامي والمشرع الجزائري على المحافظة عليها وترجيحها على العلاقات غير الشرعية.

ومع ذلك كان على المشرع أن ينص صراحة على توقيع عقوبة جزائية على المتبرعة وكل من يلجأ لهذا النوع من التلقيح، كما يتوجب عليه أن يعالج هذا الموضوع بأكثر دقة وحذر نظرا لما قد يثيره من مشاكل قانونية وصعوبات، وحتى نتفادى اختلاط الأنساب وازدياد مواليد غير شرعيين لانعدام رابطة الزواج بين الزوج والمتبرعة بالبويضة[3].

---

[1]- نشير إلى أن الحجج والأسانيد التي ارتكز عليها المؤيدون والمعارضون لمسألة التبرع بالبويضات تقترب كثيرا من الحجج التي تم الاستناد عليها في التبرع بالمني. ارجع بشأن هذه النقطة إلى ما تم ذكره في الفرع الأول حين معالجة موقف الفقه الفرنسي من التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، ص41 وما بعدها من هذه الدراسة.

[2]- نصت المادة 434 فقرة 02 من مشروع ق. ص. ع. ج. على أنه:

« Son interdits sous peine de sanction pénale le don d'ovocytes même entre coépouse.»

[3]- نصت المادة 445 من مشروع ق.ص.ع. على توقيع العقوبة على كل من يقوم بالتبرع بالبويضات بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين(02)، وغرامة مالية بقيمة عشرة آلاف دينار جزائري.

وأما المشرع الفرنسي حتى لو أباح التبرع بالبويضات، فاعتمد بشأنه على نفس الأسس المعتمد عليها في التبرع بالمني والمتمثلة في مبدأ مجانية التبرع مبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع[1]. هذا ما يجرنا إلى طرح التساؤل التالي: هل تنطبق نفس الشروط الواجب توافرها في المتبرع بالمني على المتبرعة بالبويضات؟

2- الشروط الواجب توافرها في المتبرعة بالبويضات

برجوعنا إلى قانون الصحة العامة الفرنسي نجد أن الشروط الواجب توافرها في المتبرع بالمني هي لا تختلف عن الشروط الخاصة بالمتبرعة بالبويضات فيما عدا شرط السن، إذ أن المشرع الفرنسي لم ينص على سن معين يجب توافره فيها إلا أن العديد من مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي تشترط لقبول المتبرعة أن لا يتعدى سنها خمسة وثلاثين سنة[2]. وكما أنه لما عالج مسألة التبرع شمل المتبرع والمتبرعة في أن واحد، وعليه يجب أن تكون المتبرعة إما على الأقل أما لطفل، أو تكون متزوجة شريطة حصولها على إذن زوجها.كما يشترط أن تعبر كتابيا عن رضاها، وأن لا تكون مصدرا في ولادة أكثر من عشرة أطفال إلى جانب خضوعها لإجراء فحوص طبية للتأكد من خلوها من الأمراض الوراثية الخطيرة.

وهنا نشير إلى أن المتبرعة بالبويضة تخضع لفحوصات أكثر تعقيدا من المتبرع بالمني كما أنها مضطرة إلى خضوعها لعملية تنشيط المبيض وبعدها لعملية جراحية من أجل استخراج البويضات.

طالما أن الأسس والشروط في معظمها هي نفسها الواجب توافرها في المتبرع بالبويضة فهل ممكن إيجاد فروق بين هذين النوعين من التبرع؟

---

[1]- L'art.1244-7 du c.s.p. dispose que : « La donneuse d'ovocytes doit être informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaires, des risques et des contraintes liées à cette technique, lors des entretiens avec l'équipe médicale pluridisciplinaire. Elle est informée des conditions légales du don notamment du principe d'anonymat et du principe de gratuité ».

[2]- Cf. Marie Noèlle CREACH LE MER et Serge STOLERU, Etude de l'influence des facteurs psychologiques sur le taux de succès de la fécondation in vitro, les procréations médicalement assistées : Vingt ans après, éd. Jacob ODILE, France, 1998, p.55.

3- مقارنة بين المتبرع بالمني والمتبرعة بالبويضات

انطلاقا مما ذكر سابقا حين معالجة موضوع التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير، وما هو مشار إليه أعلاه يمكن القول أن التبرع بالمني والتبرع بالبويضة وإن كانا يتشابهان في بعض النقاط إلا أنه يمكن تحديد فروق جوهرية بينهما.

أ - أوجه التشابه بين النوعين من التبرع

سواء تعلق الأمر بإجراء التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير"Don de spermes"، أو بواسطة امرأة أجنبية "Don d'ovocyte"، فهذا سيؤدي في كلتا الحالتين إلى تدخل طرف أجنبي ثالث في العلاقة.

- ينتج عن العمليتين ازدياد مولود يسلم بمجرد الولادة إلى المستفيدين. وهذا بالرغم من أنه في الحالة الأولى أي التبرع بالمني يكون الطفل حاملا الصفات الجينية للمتبرع فينسب إلى زوج المستفيدة ويصبح والده قانونا. أما الحالة الثانية– التبرع بالبويضة – يحمل الطفل الصفات الجينية للمتبرعة وينسب إلى الأم التي وضعته وأبيه البيولوجي.

- كما تم توضيحه فإنه يتم اختيار المتبرعة طبقا للأسس المعتمد عليها في اختيار الغير، مع وجود شبه في الشروط الواجب توافرها في كلاهما.

- إذا كان القانون الفرنسي يمنع استعمال المني غير المجمد أو المني المشترك بين عدة أشخاص، فإنه لا يجيز تحويل وزرع بويضات مخصبة ناجمة عن عدة متبرعات في آن واحد داخل رحم المستفيدة.

ب- أوجه الإختلاف بين التبرع بالمني والتبرع بالبويضة

توجد أوجه إختلاف بين التبرعين يمكن حصرها فيما يلي[1]:

[1] - Cf. Valérie BLANCHET, Mariel Flis – TREVES, Du côté des donneuses, les procréations médicalement assistées, vingt ans après , éd Jacob ODILE, France,1998, pp.32 et s .

- إن المتبرع بالمني، متى توافرت فيه الشروط المطلوبة، وتم قبوله، يودع منيه لدى المركز وبهذا تنتهي مهمته ليتولى المركز بعدها مسؤولية التبرع بهذا المني لفائدة الأشخاص الذين هم بحاجة إليه. أما المتبرعة بالبويضة متى توافرت فيها الشروط وتم قبولها تودع بويضتها لدى المركز غير أن دورها لا يقف هنا، إذ إضافة إلى ذلك فهي ملزمة بالخضوع إلى الفحوصات التي كان من المفروض أن تخضع لها الزوجة العقيمة، وتمر بالمراحل المتطلبة لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأنبوب ابتداء من مرحلة التنشيط المبيض إلى خضوعها للعملية الجراحية من أجل استخراج البويضات. وعندما تلقح هذه الأخيرة بمني زوج العقيمة ينتهي دورها لتزرع البويضة المخصبة داخل رحم المرأة العقيمة فينمو الجنين ويتغذى من رحمها.

- بالرغم من أن المشرع الفرنسي أقر بضرورة الأخذ بعين الإعتبار مبدأ السرية " Le principe d'anonymat" أو بما يعرف بعدم الكشف عن هوية المتبرع سواء كان رجلا أو امرأة، إلا أنه من الناحية العملية نجد أن هذا المبدأ يراعى إذا تعلق الأمر بالتبرع بالمني إذ يحرص المركز على أن لا تربط المتبرع والمستفيدين أية علاقة أن لا يعلم كل طرف بهوية الأخر. لكن إذا تعلق الأمر بالتبرع بالبويضات فإن المركز قبل في بعض الحالات بمتبرعات تربطهن علاقة مع المستفيدين[1]. وفي هذا خرق لمبدأ السرية، ولعل السبب يرجع إلى أن المتبرعات بالبويضات عددهن قليل بالمقارنة مع المتبرعين بالسائل المنوي. وأنه بهذا الأسلوب سيتم التشجيع على إقبال النساء القادرات على الإنجاب للتبرع لصالح غير القادرات على ذلك.

- بالرغم من أنه يجب أن تخضع البويضات شأنها شأن السائل المنوي لعملية التجميد مدة ستة أشهر قبل إجراء التلقيح، إلا أن البويضات قد تتلف بسرعة نظرا لدقة غشائها.
وحتى وإن قاومت التجميد، فإن فرص نجاح زرعها في الرحم تبقى ضئيلة جدا، على خلاف السائل المنوي الذي يبقى صالحا للتخصيب بعد مرور فترة تجميده[2].

بالرغم من أن المشرع الفرنسي أباح تقنية التلقيح الإصطناعي ببويضة أجنبية عن الزوج إلا أنه أحاط عملية التبرع بسلسلة من الشروط والقواعد الصارمة. هذه الأخيرة تسببت في جعل المجتمع الفرنسي يعاني من قلة عدد المتبرعات اللواتي أصبحن يخشين من الخضوع

[1]- قد تكون المتبرعة صديقة للمستفيدين أو تربطهما علاقة قرابة.

[2]- Cf. Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.85.

للجراحة، ومن التعقيدات والصعوبات التي تفرضها مراحل إجراء عميلة التلقيح.كما أن مبدأ مجانية التبرع ساهم بشكل كبير في تراجعهن عن التبرع[1].

ليس هذا فحسب، فحتى الزوجين الذين يعانيان من عدم القدرة على الإنجاب بسبب عقم الزوجة، أصبحا يتوجهان إلى دول أخرى كبلجيكا وأستراليا من أجل إجراء عملية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب. والسبب في ذلك أنه في فرنسا تطول مدة انتظار المستفيدين للحصول على البويضات إذ قد تفوق أحيانا مدة سنتين. كما أن تجميد البويضات التي فرضها المشرع يؤدي غالبا إلى فشل العملية، ومادامت الدول الأخرى لا تطرح صعوبات وتعقيدات خاصة لإجراء العملية، ومدة التبرع لا تكون طويلة، فإن إقبال غير القادرين على الإنجاب للتوجه إليها كان شديدا. ولتشجيع إقبال النساء على التبرع بالبويضات في فرنسا، تم إنشاء جمعية تدعي بوحدة الدراسات للتبرع بالبويضات "Groupe d'étude pour le don d'ovocytes" سنة 1999. وهي تهدف إلى تطوير وتحسين تقنية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب باستعمال بويضة امرأة أجنبية، كما يمكن الإتصال بها للحصول على كافة المعلومة الخاصة بالتبرع بالبويضات[2].

هذه التقنية هي الأخرى إلى جانب سابقتها لم تستطع القضاء على جميع حالات العقم المستعصية، وهو الأمر الذي دفع بالمختصين إلى التطلع عن أسلوب آخر من الإنجاب داخل الأنبوب بعد تدخل رجل وامرأة أجنبيين.

ثالثا: التلقيح الإصطناعي باستخدام مني رجل أجنبي وبويضة رحم امرأة أجنبية

بالرغم من تعدد أساليب التلقيح الإصطناعي إلا أنها لا تؤدي إلى معالجة جميع حالات العقم فقد يكون الزوج مصابا بالعقم لإنعدام سائله المنوي وتكون الزوجة عقيمة لإنعدام البويضات، إنهما عقيمين معا. والوسيلة التي تمكنهما من الإنجاب هي اللجوء إلى الإستعانة ببويضة إمرأة أجنبية عنهما. وبتعبير آخر يبقى أمامهما طريق التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب بالإعتماد على انتزاع بويضة من امرأة أجنبية ليتم تلقيحها بمني رجل أجنبي. وعند نجاح عملية

[1]- Cf. Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.86.
[2] - Cf. Jean MIGUEL et Christphe BUTRUILLE, op.cit., p.155.

الإحصاب تزرع اللقيحة في رحم الزوجة العقيمة لينمو الجنين[1] وبولادته ينتسب للمرأة التي وضعته وزوجها أي والده القانوني، ولا علاقة له بأمه البيولوجية وأبيه البيولوجي.

إن هذه التقنية هي عكس سابقتها كونها تستدعي تدخل شخصين أجنبيين عن العلاقة فيتكون بذلك أربعة أطراف مما يجعل الأمور أكثر تعقيدا. وتسمى هذه التقنية بالتبرع بالبويضات المخصبة "Don d'Embryon" ، واستخدمت لأول مرة سنة 1983 باستراليا حيث أعلنت مجموعة "Alain Troussone" عن نجاح عملية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب بعد أن تم التبرع ببويضة مخصبة وزرعها داخل رحم الزوجة العقيمة فحملت على إثرها[2]. فهل تعتبر هذه التقنية مشروعة؟

1- مدى مشروعيتها

تعرضت هذه التقنية للنقد في بادئ الأمر، وإضفاء عدم المشروعية عليها كونها تساعد على إنتاج البويضات المخصبة وفقا لرغبة المستفيد منها، وهذا سيؤدي إلى إقامة سوق حقيقي للبويضات المخصبة[3]. ولا يعد هذا السبب الوحيد في رفض هذه التقنية بل إلى جانبه تعد هذه الأخيرة اختراق المبدأ حرمة الجسد البشري وكذلك مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص. فهذين المبدأين يمنعان أن يكون الجنين باعتباره شخصا محلا للتبرع. وإن القول بمشروعية هذا التصرف يخلق اضطراب وعدم توازن في المبادئ القانونية التي وضعت من أجل ضمان احترام كرامة الكائن البشري. السؤال الذي يثار في هذا الصدد يكمن في معرفة عما إذا كان مبدأ مجانية التبرع يجعل هذا النوع مشروعا؟ بمعنى آخر، طالما أن التبرع ذو طابع تضامني غير تجاري فلماذا يتم إضفاء الطابع الشرعي عليه؟

إن الإتفاق الذي يكون محله التبرع بالبويضات المخصبة يعتبر غير مشروع حتى وإن تم مجانا. والسبب في ذلك أن فكرة التبرع تبقى تمس مبدأ حرمة الجسد البشري سواء تمت مجانا أو بمقابل[4].

---

[1]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 408.

[2] - Cf. Loukia SARONTI , op.cit., p.21.

[3]- Cf. Marcel BLAN, Les scientifiques, l'éthique et la démocratie, dans éthique médicale et droits de l'homme, Paris, Actes Sud-Inserm, 1988, p.77.

[4] - Cf. Roberto ANDORNO , op.cit., p.183.

انطلاقا من هذين السببين تم إنكار الطابع الشرعي على التبرع بالبويضات المخصبة لكن الأمر لم يدم طويلا حيث عمدت العديد من الدول إلى إباحة هذا النوع من التبرع، منها فرنسا. فهل هذا يعني أنها رجحت مصلحة الزوجين في الحصول على طفل على تعارض الفكرة مع المبادئ القانونية؟

للإجابة على ذلك نقول إن القوانين الفرنسية لم ترجح مصلحة على حساب أخرى. صحيح أن هدفها من وراء إباحة هذا النوع من التبرع هو إيجاد وسيلة تقضي على العقم، إلا أنها بالمقابل أخذت بعين الاعتبار مسألة المبادئ القانونية. ولكي تضمن تحقيق المصلحتين توصلت إلى نتيجة تتمثل في الإنتقال من فكرة التبرع بالبويضات المخصبة إلى فكرة استقبال البويضات المخصبة.

2- استقبال البويضات المخصبة

لم تتقبل القوانين الفرنسية فكرة التبرع بالبويضات المخصبة، الأمر الذي دفعها إلى استبدالها بفكرة استقبال البويضات المخصبة. والحقيقة أن الفرق بين الفكرتين يكمن في كون أن الأولى تمثل تنازلا مباشرا عن البويضة. في حين أن الثانية تعد شبيهة بنظام التبني إذ أن الحصول على بويضات مخصبة لا يتم إلا بعد إتباع إجراءات قضائية[1].

وإذا كان التبرع بالبويضات المخصبة شكل تعارضا مع المبادئ القانونية، فإن استقبالها من شأنه أن يرفع هذا التعارض كون أن العقد هنا لم يعد عقدا خاصا بين شخصين يخضع لإرادتهما إنما أصبح من الضروري تدخل القاضي الذي يملك السلطة التقديرية في السماح للشخصين بالتنازل على بويضتهما المخصبة لفائدة غير القادرين على الإنجاب، أو عدم السماح لهما

[1]- بالرغم من أن كلاهما لا تتم إلا بعد إتباع إجراءات قضائية غير أنه يمكن إيجاد فروق بينهما، فالعائلة التي تتبنى مولودا يمكنها فش السر وإخباره بأنه ابن لعائلة أخرى. أما العائلة التي تستقبل المولود يمكنها إخفاء الحقيقة وكتمان السر عنه فيبقى يعتقد بأنه ابنهما البيولوجي. كما أن الطفل إذا علم انه تم التخلي عنه من قبل أبويه البيولوجيين سيؤثر ذلك على نفسيته ويبقى مرتبطا بحقيقته البيولوجية التي تدفعه لاتخاذ قرار البحث عنهما.في حين انه في الحالة الثانية وباعتبار أن الطفل يجهل الحقيقة فسينشأ في وسط عائلي مستقر ذو نفسية متوازنة؛

- Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.42.

بذلك. وسيراعي القاضي حتما مصلحة المولود من حيث ما إذا كانت العائلة المستقبلة ستضمن له الرعاية والتربية الحسنة.

وعليه، فإن مبدأ استقبال البويضات المخصبة يستبعد التعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، ومبدأ حرمة الجسد البشري لأن العملية لا تتم إلا بعد المرور على إجراءات قضائية وصدور قرار القاضي بالموافقة، وفي هذا كله ضمان لكرامة الطفل الذي سيولد[1].

بالرغم من أن المشرع الفرنسي قد نص على إمكانية استقبال البويضات بموجب قانون 29 جويلية 1994[2]، غير أن العمل به لم يسر إلا بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 99 – 925 المؤرخ في 02 نوفمبر 1999[3]. ليعيد المشرع الفرنسي النص عليه وفقا لقانون 06 أوت 2004[4].

ومن خلال هذين القانونين نجد أن المشرع نص على أن البويضات المخصبة، محل الإستقبال يجب أن تكون ناجمة عن تلقيح بويضة امرأة بمني رجل تربطها به علاقة زواج أو علاقة حرة لا تقل عن السنتين. ولا يجوز أن يتم التبرع ببويضة أجنبية وفي نفس الوقت التبرع بمني رجل أجنبي للحصول على بويضة مخصبة فهذه الأخيرة يجب أن تكون من شخصين على علاقة ليستقبلها شخصين آخرين هما أيضا تربطهما علاقة زواج أو علاقة معترف بها قانونا[5].

وإذا كان المشرع الفرنسي قد أجاز هذه التقنية فإن المشرع الجزائري يرفضها رفضا قاطعا وذلك لأن الزوجة لا يجب أن تحمل إلا طفلا ناجما عن تخصيب بويضتها بمني زوجها وباعتبار أنه لم يجز التقنيتين السابقتين فإنه من البديهي القول بعدم مشروعية هذه التقنية.

---

[1] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.42.
[2] - Cf. Art. 152-4 et 152-5 du c.s.p.
[3] - Cf. Frédéric DREIFUSS – NETTER , Accueil d'embryon , étude mise à jour le 25 octobre 2004 à la Faculté de droit de l'Université de Paris 5.
[4] - Art. 2141-4, 2141-5 et 2141-6 du c.s.p.
[5] - Cf. Art.152 -3 et art 2141-3 du c.s.p.

وفي هذا الصدد يوجه له نفس الإنتقاد الموجه سابقا، إذ كان ينبغي عليه أن يتطرق لهذه المسألة بشيء أكثر تفصيلا، كما يجب عليه توقيع عقوبة جزائية على كل من يلجأ لهذه النوعية من التلقيح[1].

وخلافا لذلك إذا كان المشرع الفرنسي قد أباح هذه التقنية، فإنه علق اللجوء إليها على عدة شروط.

3-الشروط الواجب توافرها لاستقبال البويضات المخصبة

برجوعنا إلى القانونين الصادرين سنة 1994 وسنة 2004 نجد أن المشرع الفرنسي حدد شروطا يجب توافرها في المتنازلين عن بويضتهما المخصبة (أ)، تقابلها شروط أخرى ينبغي توافرها في المستقبلين لهذه البويضات (ب). وباعتبار أن التنازل والإستقبال لا يتم إلا بعد موافقة القاضي فلا بد أن يراعي هذا الأخير بعض الشروط (ج).

أ- الشروط الواجب توافرها في صاحبي البويضة المخصبة

حتى يتم قبول التنازل عن البويضات المخصبة من طرف أصحابها لابد من توافر الشروط التالية:

1 – قد يودع الزوجين بويضتهما المخصبة لدى المركز ليتم تجميدها وحفظها من أجل استعمالها لاحقا.كما قد يخضعان لعملية التلقيح الإصطناعي فيحصل فائض في البويضات المخصبة، الأمر الذي يستدعي حفظها لحين قرار الزوجين الخضوع لعملية التلقيح مرة ثانية.

ففي كلتا الحالتين يتم استشارتهما كل سنة لمعرفة إذا كانا متمسكين برغبتهما في إستعمال هذه البويضات المحفوظة للحصول على مولود. فإذا بقيا متمسكين باستعمالها عبرا عن رضاهما كتابيا في كل مرة يتم استشارتهما فيها[2]. أما إذا قررا التراجع عن رغبتهما في الخضوع

[1]- نص مشروع ق.ص.ع. صراحة على عدم جواز التبرع بالبويضات المخصبة، وذلك في المادة 434 منه فقرتها 03 بقولها:

« Sont interdits, sous peine de sanction pénale le don d'embryons surnuméraires ou non à une mère porteuse ou adoptive, même entre sœurs ou mère et filles… ».

[2] - Cf. Art. 152-3 al. 03 et art 2141-4 al. 01 du c.s.p.

لعملية التلقيح، أو رغبا في التنازل عن ذلك الفائض من البويضات لصالح من هم بحاجة إليها فيجب أن يعبرا كتابيا عن هذه الرغبة بالتخلي[1].

وفي حالة ما إذا أودع الزوجين بويضتهما المخصبة لدى مركز ليستفيدا منها شخصيا وتوفي أحدهما قبل إجراء العملية، يحق للطرف الآخر حتى لا يتم إهدار البويضات أن يتنازل عنها لغير القادرين على الإنجاب بعد أن يعبر عن رضاه كتابيا.وكما قد يعبران معا عن رغبتهما بالتنازل عن البويضات المخصبة، لكن قبل أن تسلم هذه الأخيرة للمستفيدين يتوفى أحدهما، هنا يجب على الطرف الذي بقي على قيد الحياة أن يعيد التعبير عن رضاه كتابيا، أي عليه بتجديد الرضا[2].

هذا ونشير إلى أن التعبير على التخلي عن البويضات المخصبة يحرر كتابيا بعد أن تمنح لأصحابها مهلة ثلاثة أشهر للتفكير والتأكيد على رضاهما بأن تستقبل من قبل عائلة أخرى[3].

2- يخضع أصحاب البويضة المخصبة لإجراء فحوص طبية من أجل التأكد من خلوهما من الأمراض الخطيرة وذلك بعد ستة أشهر من تجميد وحفظ البويضات[4].

3- إجراء مقابلات مع أطباء مختصين ونفسانيين من أجل التأكد من أن رغبتهما في التخلي عن البويضات المخصبة نابعة عن إرادتهما الشخصية، وأنهما لن يتراجعا عن قرارهما.

4- يجب أن يراعي مبدأ المجانية، أي أن يتم التنازل عن البويضات المخصبة دون الحصول على مقابل مادي[5].

5- احترام مبدأ السرية، فلا يحق للمتنازلين أخد أي معلومات عن المستفيدين، وعليهما بكتمان هويتهما[6]. غير أنه، وكحالة استثنائية، يمكن للطبيب أن يراجع المعلومات الطبية الخاصة بأصحاب البويضة المخصبة[7].

[1] - Cf. Art. 152-4 al. 01 et art 2141-4 al. 02 du c.s.p.
[2] - Cf. Art. 152-4 al. 02 et art 2141-4 al. 02 du c.s.p.
[3] - Cf. Art. 2141-4 al. 02 du c.s.p.
[4] - Cf. Art. 152-5 al. 06 du c.s.p.
[5] - Cf. Art. 152-5 al. 05 du c.s.p.
[6] - Cf. Art. 152-5 al. 03 du c.s.p.
[7] - Cf. Art. 152-5 al. 04 du c.s.p.

تبدو هذه الشروط الموضوعة من قبل المشرع منطقية، فشرط التعبير عن الرضا الصريح والحر يعد أمرا ضروريا للتأكد من عدم ممارسة أي ضغط سواء كان ماديا أو معنويا على المتبرعين. كما أن خضوعهما لعدة جلسات مع أطباء ومختصين نفسانيين يعتبر هو الآخر ضروريا ومكملا لشرط الرضا، فالتنازل عن البويضات المخصبة لصالح أشخاص آخرين ليس بالأمر السهل، لهذا يتوجب على الأطباء التأكد من أن المتنازلين لا يعانيان من أي إضطرابات نفسية وأن لا تكون هنالك أية مشاكل خاصة بينهما تدفعهما للتخلص من بويضتهما بأسلوب التبرع، بل على العكس من ذلك تكون الرغبة في مساعدة الغير هي هدفهما الأساسي. هذا ويجب أن يتم التأكد من أن قرارهما بالتنازل عن البويضات هو قرار قطعي ولا رجعة فيه مستقبلا.

أما عن شرط خضوعهما لإجراء فحوص طبية فهذا أمر بديهي إذ تتطلب حماية صحة المستفيدين والمولود خضوع المتنازلين لإجراء مثل هده الفحوص للتأكد من سلامتهما من الإصابة بالأمراض الوراثية الخطيرة والمعدية.

زيادة على ذلك، على المتبرعين إحترام مبدأي مجانية وسرية التبرع وهذا عملا بالمبادئ المفروضة من قبل المشرع، ولكون مبدأ المجانية يضمن عدم جعل العملية عبارة عن معاملة تجارية أين يباع ويشترى فيها الكائن البشري، أما مبدأ السرية فهو ضمان لعدم إثارة المشاكل في المستقبل سواء من قبل المتبرعين أو المستفيدين.

ختاما، نرى أنه طالما أن المشرع أباح هذا النوع من التلقيح فإنه ملزم بوضع شروط صارمة تضمن تنفيذ العملية في أحسن الظروف. غير أنه وإن كانت هذه الشروط منطقية وحتمية، فهذا لا يعني عدم توجيه النقد إليها. إذ أن شرط سرية التبرع لوحده يطرح عدة تساؤلات من بينها:

- ألا يشكل هذا الشرط مساسا بحق المولود في معرفة أبويه البيولوجيين؟
- كيف يسمح المشرع بتجريد المولود من الأبوة والأمومة معا؟

- تحت أي ستار يبرر هذا الشرط؟ هل من مصلحة المولود أن يعيش في كنف أسرة لا تربطه بها أي رابطة، فيحرم مسبقا من رابطة الدم ومما يكون قد جمع بين الطفل ووالدته أثناء فترة الحمل والوضع؟

تكون الإجابة عن هذه الأسئلة بالنفي، فالمشرع بإضفائه الشرعية على هذا النوع من التلقيح أراد فقط إيجاد حل لحالة العقم ضانا منه أنه بذلك سيحقق سعادة غير القادرين على الإنجاب. والحقيقة أنه بدلا من حل مشكلة واحدة فتح الباب الواسع لظهور عدة مشاكل قد لا يحمد عقباها كعدم التوازن البسيكولوجي للمولود وفقدان التواصل بينه وبين المستفيدين لعدم حمله صفاتهما الوراثية.

هذا عن الشروط الواجب توافرها في صاحبي البويضة، فما هي الشروط الواجب توافرها في مستقبليها لضمان تسليم المولود لأياد أمينة؟

ب- الشروط الواجب توافرها في مستقبلي البويضة المخصبة

طالما أن البويضات المخصبة سيتم التنازل عنها لفائدة شخصين آخرين فلا بد أن تتوافر فيهما شروط معينة نحصرها فيما يلي:

1- إن مستقبلي البويضة المخصبة يجب أن يكونا متكونين من رجل وامرأة، على قيد الحياة وقت الإستقبال وفي سن يسمح لهما بالإنجاب وتربطهما علاقة زوجية أو علاقة حرة لا تقل عن سنتين[1].

2- يجب أن يثبتا أن هذه العملية هي أملهما الوحيد في الحفاظ على علاقتهما والحصول على مولود. أو أن أحدهم مصاب بمرض يخشى انتقاله للمولود ولتفادي ذلك لابد من استقبال بويضة مخصبة[2].

3- يجب عليهما أن يراعيا مبدأ السرية وذلك بعدم اتخاذ وسائل تمكنهما من معرفة أصحاب البويضة. وأن لا يدفعا أي مقابل احتراما لمبدأ المجانية.

[1] - Cf. Art. 152-2 al. 03 et art. 2141-2 al. 03 du c.s.p.
[2] - Cf. Art. 152-2 al. 02 et art. 2141-2 al. 02 du c.s.p.

4- إجراء فحوص طبية، حتى تنجح عملية زرع البويضات المخصبة داخل رحم المستفيد.

5- يخضعان لعدة جلسات مع أطباء مختصين في علم النفس من أجل التأكد من إصرارهما للخضوع لهذا النوع من التلقيح، وأنهما على استعداد كامل لاستقبال وتربية مولود لا يحمل صفاتهما الجينية.

6- عليهما أن يحررا رضاهما كتابيا باللجوء إلى التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب باستخدام بويضة مخصبة أجنبية عنهما، ويتم التعبير عن هذا الرضا أمام القاضي أو الموثق شأنه ذلك شأن التبرع بالمني أو التبرع بالبويضة.

ج - الشروط التي يجب مراعاتها من قبل القاضي

اشترط المشرع الفرنسي أن لا يتم استقبال البويضات المخصبة من قبل غير أصحابها إلا بعد موافقة القاضي، لهذا لابد أن يراعي الشروط التالية:

1- يجب على القاضي أن يتأكد من توافر جميع الشروط سواء تلك المتعلقة بصاحبي البويضة أو تلك الخاصة بالمستفيدين[1].

2- يجب عليه أن يجري بحثا لمعرفة ما إذا كانت العائلة المستفيدة تتوافر على شروط الاستقبال التي تؤهلها لمنح المولود الرعاية اللازمة سواء على المستوى العائلي أو التربوي أو النفسي[2].

3- يجب أن تصدر الموافقة أو الرفض من قبل رئيس المحكمة الإبتدائية بمقر مسكن المستفيدين أو المركز الذي احتفظت البويضات به إذا كان المستفيدين يقيمان خارج فرنسا[3].

إذا أعلن القاضي عن موافقته، يجب تبليغ القرار للمستفيدين، مع تحرير نسخة عنه تسلم

[1]- Cf. Art. 152 -5 al. 02 et art. 2141-6 al. 02 du c.s.p.
[2]- Cf. Art. 152 -5 al. 02 et art. 2141-6 al. 02 du c.s.p.
[3]- Cf. Art. 2141-10 du c.s.p.

للطبيب المكلف بإجراء العملية[1]. ويعتبر هذا القرار صالحا لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد[2].

الملاحظ هنا أن المشرع جعل الموافقة أمرا خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي كما حمله مسؤولية التأكد من توافر الشروط في المستفيدين والمتنازلين ومسؤولية البحث والتقصي لمعرفة ما إذا كانت العائلة المستقبلة مؤهلة لتربية المولود أم لا. ولعل السبب في إقحام القاضي في هذه العملية راجع إلى كونه يتوافر على الوسائل والإمكانيات اللازمة لمراقبة مدى إحترام الشروط القانونية، كما أن تدخله يضفي مزيدا من الحماية للمولود وضمان أسرة ملائمة له لتعويضه عن أسرته البيولوجية التي سيحرم منها.

إذا توافرت جميع الشروط المذكورة أعلاه وأصدر القاضي قرارا بالموافقة يتجه المستفيدين إلى المركز لطلب البويضات المخصبة، وتخضع الزوجة العقيمة لعملية زرعه داخل رحمها، فتتحقق رغبتها في ولادة طفل.ولكن إذا لم تحترم هذه الشروط، تسلط عقوبة جزائية تتمثل في سبع سنوات سجنا وغرامة مالية تقدر بـــ سبعمائة ألف فرنك فرنسي طبقا للمادتين 511 -15 و511-16 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

خلاصة القول نستنتج مما ذكر سابقا أن التقنيات الثلاث للتلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب بغض النظر عن شرعيتها من عدمها تهدف جميعا إلى تمكين غير القادرين على الإنجاب من الحصول على مولود.

ونحن بصدد دراسة أسلوب التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب يستوقفنا التساؤل عن مدى شرعيته لو تم تنفيذه بعد وفاة الزوج. وهل يوافق المركز في هذه الحالة على زرع البويضات المخصبة داخل رحم الأرملة مع العلم أنه أمام بداية تكوين كائن بشري لا مجرد سائل منوي؟

[1]- Cf. Art. 2141-13 du c.s.p.
[2]- Cf. Art. 2141- 6 al. 02 du c.s.p.

الفرع الثاني
زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة

إن الحاجة إلى زيادة فرص نجاح عملية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب أدى بالمجموعة الطبية إلى تبني تقنية استخراج عدة بويضات يتم تخصيبها خارج الرحم. وبهذا يتشكل أكبر عدد ممكن من البويضات المخصبة، تزرع البعض منها داخل الرحم، ويتم الإحتفاظ بالبعض الآخر عن طريق التجميد.

وإن طريقة حفظ وتجميد البويضات المخصبة (أولا) سمحت بظهور فكرة زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة. فقد تجمد البويضات المخصبة الزائدة لاحتمال استخدامها مرة أخرى بعد فشل المحاولة الأولى، أو بعد وفاة الزوج، ففي هذه الحالة الأخيرة قد تطالب أرملته المركز بإعادة المحاولة عن طريق زرع البويضات المخصبة المجمدة ، وهنا ثار جدل كبير حول مدى مشروعية زرع هده البويضات بعد الوفاة (ثانيا).

أولا: حفظ وتجميد البويضات المخصبة

استخدمت أول تجربة زرع البويضات مخصبة بعد تجميدها على الفئران سنة 1972، فتكللت بالنجاح. ونظرا لعدم طرحها لمشاكل أو تعقيدات عمل الطب إلى إجراء المحاولة على الإنسان. وبالفعل تم ذلك سنة 1984 بأستراليا[1]، حيث ولدت الطفلة "Zoé"على يد الدكتور"Alain Trounson" بعد أن تم تجميد البويضات المخصبة لفترة معينة وزرعها داخل رحم والدتها.

النجاح الذي حققه الدكتور "Alain Trounson" أدى إلى رواج هذه التقنية، إذ أصبحت العديد من مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي تستخدمها، مما ساعد على ولادة أطفال آخرين بعد الطفلة " Zoé "، وعلى ارتفاع نسبة نجاحها الذي قدر بخمسة وستين بالمائة[2]. فما هي الحالة المؤدية إلى استخدام تقنية التجميد؟

---

[1]- أنظر، مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني لنظام الإنجاب الصناعي، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.77.

[2] - Cf. HEDON , ROYER et SPEIR , Procréation assistée , congélation des embryons humains , étude mise à jour en 1988, p.16. Site : www.affection.org/santé/contraception/assistée.

أ- الحالة التي يتم فيها اللجوء إلى تقنية التجميد

يلجأ الأطباء إلى تقنية التجميد في حالة إذا حدث فائض في البويضات المخصبة. بمعنى آخر إذا تم استخراج عدد كبير من البويضات، فإن بعض من البويضات المخصبة يحول ليزرع داخل الرحم، أما ما تبقى منها وحتى يتجنب إتلافها تحفظ عن طريق التجميد بغرض الإستعانة بها في حالة فشل المحاولة الأولى وهذا سيؤدي حتما إلى ربح الوقت، وتفادي إجراء عملية جراحية للمرأة من أجل استخراج بويضات أخرى. أما في حالة نجاح المحاولة الأولى، قد يقرر المستفيدين إما إبقاء بويضتهما المخصبة محفوظة بالتجميد لحين رغبتهما في إنجاب مولود آخر، أو التنازل عنها ليستقبلها من هم بحاجة إليها.

وبهذا نلاحظ أن تقنية التجميد تعد حلا أمثلا لمشكلة البويضات المخصبة الزائدة. ففرنسا التي شهدت فائضا هائلا في البويضات المخصبة نتيجة استخراج كم كبير منها لارتفاع فرص نجاح العمليات، وقعت في مشكلة زيادة نسبة الولادة المضاعفة. ولحل هذه المشكلة الأخيرة وقعت في مشكلة أكبر، إذ أن الأطباء وفي محاولة منهم لتجنب حدوث حمل مضاعف اعتمدوا أسلوب زرع أكبر عدد من البويضات المخصبة داخل الرحم وبعد أن تنجح محاولة الزرع يبدؤون باستخراج الفائض في البويضات من الرحم بعد أن تم زرعها، لكن هذا الأسلوب غالبا ما يبوء بالفشل فبدل أن يستخرج الفائض فقط تفشل العملية كلها لتتعرض المرأة للإجهاض[1].

نتيجة لذلك اقترحت غرفة البرلمان تحديد عدد البويضات التي يتم تخصيبها داخل الأنبوب، أو إنتاج بويضات مخصبة بالكم الضروري لإجراء العملية دون زيادة. غير أن هذا الإقتراح يعد صعب التنفيذ من الناحية العملية.

هذا وقد اقترح مجلس الدولة الفرنسي على المشرع إضافة فقرة جديدة إلى المادة 152-3 من قانون الصحة العامة مفادها أن الزوجين أو الرفيقين الذين لهما بويضات مخصبة مجمدة وقابلة للزرع داخل الرحم، لا يجب أن يسمح لهما بالخضوع مجددا إلى المراحل المتطلبة للتلقيح

[1] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.168 .

الإصطناعي داخل الأنبوب[1]. وبصدور قانون 2004-800 نص المشرع على هذا الإقتراح الذي يظهر جليا ضمن المادة 2141-3 فقرة 04 من قانون الصحة العامة[2].

انطلاقا مما تقدم ذكره، نستخلص أنه يتم تجميد البويضات المخصبة في حالة حدوث فائض فيها، وذلك من أجل استعمالها في محاولة أخرى أو التبرع بها لفائدة غير القادرين على الإنجاب. فما هي المدة المتطلبة للتجميد؟

ب- مدة تجميد البويضات المخصبة

أثبت المختصون أن البويضات المخصبة تكون قابلة للتجميد لعدة سنوات، فوسائل التجميد الحديثة والمتطورة تمكن من الإحتفاظ بهده البويضات لأطول فترة ممكنة قد تصل إلى ألف سنة من الزمن. لكن ألن تكون لهذه الفترة الطويلة من التجميد أثرا على نفسية الطفل الذي سيولد؟ وهل يمكن الرجوع على الأطباء للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحقه[3]نتيجة لتجميده فترة طويلة من الزمن؟

لتفادي تجميد البويضات المخصبة لفترة زمنية طويلة، لجأت العديد من القوانين إلى تحديد مدة التجميد. فقانون إسبانيا لسنة 1988 وقانون بريطانيا لسنة 1990 أجازا تقنية التجميد على أن لا يتعدى ذلك خمس سنوات[4].أما في فرنسا، وقبل صدور قانون 1994، اقترحت اللجنة الوطنية الإستشارية للأخلاق بتاريخ 15 ديسمبر 1986 أن لا تتعدى مدة التجميد أثنى عشر شهرا تحتسب ابتداء من تاريخ حدوث الإخصاب. ونلاحظ أن هذه المدة جد قصيرة مقارنة مع المدة المحددة في القانونين الإسباني والبريطاني.

غير أن المشرع الفرنسي، عملا برأي مجلس الدولة لسنة 1988، قرر في المادة 152-3 فقرة 02 من قانون الصحة العامة على أن لا تتجاوز هذه المدة خمس سنوات وذلك بقوله:

«Compte tenu de l'état technique médicale, les deux (02) membres du couple peuvent décider par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant

[1] - Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.36.

[2] -L'art. 2141-3 al. 04 du c.s.p. proclame qu'« Un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons ».

[3] - يتمثل الضرر المعنوي هنا في حرمانه لسنوات عديدة من الدفء العائلي، وعدم توازنه البسيكولوجي.

[4]- Les deux lois (espagnole et britannique) ont été citées par Roberto ANDIRNO, op.cit., p.181.

rendre nécessaire la conservation d'embryons dans l'intention de réaliser leur demande parentale dans un délai de cinq ans ».

وقد تمسك المشرع بهذا الأجل في قانون 2004 – 800. فحسب هذا الأخير يتم إتلاف البويضات المخصبة في حالتين:

* الحالة الأولى: إذا مرت خمس سنوات ابتداء من تاريخ الحفظ دون أن يعبر الزوجين عن رغبتهما في التمسك بالبويضات المخصبة، أو التخلي عنها، أو إذا اختلفا بشأنها[1].

* الحالة الثانية: إذا انقضت خمس سنوات ابتداء من الوقت الذي عبر فيه الزوجين معا، أو من بقي على قيد الحياة عن الرضا بالتخلي عن البويضات المخصبة، لكن لم يطالب أحد باستقبالها[2].

ولكن بالرغم من أن المشرع الفرنسي قد حدد مدة التجميد، إلا أنه لم ينص على عدد البويضات المخصبة الواجب زرعها، علما أن المراكز اعتمدت على زرع أربع بويضات داخل الرحم ثم تقليلها إلى زرع ثلاثة بويضات، لتنخفض إلى بويضتين. وبصدور مرسوم 12 جانفي 1999 تم التأكيد على أنه من الأفضل الاكتفاء بزرع بويضتين مخصبتين في آن واحد وذلك لتفادي حدوث حمل مضاعف. في الأخير نشير إلى أن هناك جملة من النصائح الواجب إتباعها عند التجميد، فما هي هذه النصائح؟

ج – النصائح الواجبة إتباعها عند التجميد

من المستحسن إتباع النصائح التالية عند استخدام تقنية التجميد:

*يجب تقديم كافة المعلومات الخاصة بتقنيات تجميد البويضات المخصبة للمستفيدين، مع إحاطتهما علما بنتائجها ومخاطرها.

[1] - L'art. 2141-4 al. 03 du c.s.p. dispose que: « Dans le cas ou l'un des deux membres du couple consulté à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation de celle-ci …, est au moins égale à cinq (05) ans, il est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons."

[2] - L'art. 2141-4 al. 04 du c.s.p. dispose que: " Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans des conditions prévues aux articles L 2141-5 et 2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n ont pas été accueillis dans un délai de cinq (05) ans à compter du jour ou ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons ».

*الحصول على الموافقة الصريحة لأصحاب البويضة المخصبة بحفظها وتجميدها لدى المركز.

* يجب أن تكون الأنابيب المخصصة للتجميد مصنوعة بطريقة تمكن من التعرف على أصحابها.

* يجب توخي الحذر وبدل العناية اللازمة في حالة إضافة أي محلول يساعد على التجميد من أجل تفادي انتقال الفيروس.

* عند تدفئة البويضة المخصبة لإزالة التجميد، فقط البويضات التي تحمل على الأقل نصف عدد الخلايا البلاستولية، أي التي تتولد عن انقسام البويضات في المراحل الأولى من تكوين الجنين، هي التي تكون صالحة لزرعها داخل الرحم.

* يجب أن يؤخذ بعين الإعتبار فصل حوض السائل الآزوتي الذي يحتوي على بويضات مخصبة مصابة بالفيروس عن تلك التي تحتوي على بويضات سليمة من أجل تجنب نقل العدوى لهده الأخيرة[1].

إذا كانت تقنيات التجميد وجدت حلا للبويضات المخصبة الزائدة، فإنها بالمقابل خلقت فكرة جديدة في إطار التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب، تتمثل في إثارة الرغبة لدى امرأة توفي زوجها قبل نجاح العملية، للجوء إلى المركز ومطالبته بزرع ما تبقى من البويضات المخصبة والتي تم تجميدها وحفظها، داخل رحمها من أجل إتمام المشروع الأبوي لوحدها. فاصطلح على تسمية هذا الأسلوب بزرع البويضات المخصبة بعد الوفاة. فما مدى مشروعية هذا الأسلوب؟

ثانيا: مدى شرعية زرع البويضة المخصبة بعد الوفاة

ونحن أمام دراسة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج، واجهتنا الحالة التي يتوفى فيها الزوج قبل إجراء العملية، فتلجأ الزوجة إلى المركز للمطالبة بسائله المنوي المجمد إلا أنها لا تتحصل عليه

[1] - Cf. HEDON , ROYER et SPEIR , op.cit., p.18.

وذلك لكون كل اتفاق بشأنه يعد باطلا بطلانا مطلقا. نفس الحالة تواجهنا هنا، فمسألة حفظ البويضة المخصبة تفتح الباب أمام الزوجة للمطالبة بها بعد وفاة زوجها أو رفيقها.

والجدير بالملاحظة أن الشبه بين الحالتين يتمثل في وفاة الزوج قبل إجراء العملية، غير أن الفرق يكمن في أنه في الحالة الأولى تطالب الزوجة بالمني، لكن في الحالة الثانية تطالب بالبويضة المخصبة أي بكائن بشري مجمد يكفي لاكتمال نموه زرعه داخل رحمها فيصبح إنسانا حيا. كما أنه في هذه الحالة يشهد الزوج جميع المراحل المتطلبة لإجراء عملية التلقيح داخل الأنبوب، ما عدا الحالة الأخيرة المتمثلة في تحويل اللقيحة وزرعها داخل الرحم.

فهل يسمح للأرملة هنا، أن تتخطى هذه المرحلة الأخيرة لوحدها، وبهذا تتحقق رغبتها وسعادتها في إنجاب مولود؟

الإجابة عن هذا التساؤل ستجرنا لتحديد شرعية هذا الأسلوب من التلقيح من عدم شرعيته، ومن أجل ذلك لابد من معرفة موقف الفقه منها(1)، وكيف عالجها القضاء الفرنسي؟(2)، لنتطرق في الأخير لموقف المشرعين الفرنسي والجزائري منها؟ (3).

1- موقف الفقه الفرنسي من عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة

انقسم الفقه الفرنسي بشأن فكرة تحويل وزرع البويضة المخصبة داخل رحم المرأة بعد وفاة زوجها أو رفيقها إلى مؤيد وآخر معارض ولكل منهما بطبيعة الحال حججه وأسانيده نحصرها فيما يلي:

أ- حجج معارضي العملية

استند أنصار معارضي[1] عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة على الحجج التالية:

* إن اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي مهما كانت صورته يجب أن يكون مشروع الزوجين معا أو الرفيقين، وبوفاة أحدهما لا يمكن أن يكتمل هذا المشروع.

[1]-Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Procréations médicalement assistées, assistance médicale à la procréation: trop de législation? , J.C.P, 1994, 1, 3771.

* الهدف من وراء التلقيح الإصطناعي هو القضاء على مشكلة العقم، ولهذا السبب يلجأ المستفيدين لإجراء العملية، فإذا كان الزوج أو الرفيق هو المصاب بالعقم فإنه بوفاته ينعدم سبب إجراء العملية.

* إن الإعتراف بحق الأرملة في استرجاع البويضات المخصبة بعد وفاة زوجها من أجل زرعها في رحمها يشكل مساسا لكرامة وشخصية المولود، إذ من غير المشروع أن يولد الطفل يتيما مسبقا، أي أنه يعتبر يتيما حتى قبل أن يوجد في بطن أمه وهذا يتعارض مع مصلحته التي تقتضي أن يعيش في كنف عائلة مؤسسة من أب وأم معا.

ب – حجج مؤيدي العملية

الجانب الآخر من الفقه[1] أقر بمشروعية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة وسنده في ذلك ما يلي:

* إن الوصول لمرحلة تجميد البويضات المخصبة، دليل على رضا الزوج بخضوع زوجته لإجراء عملية التلقيح، وطالما أن هذا يعد وليد رغبتهما المشتركة فلا مانع من أن يسمح للأرملة من تحقيق رغبتها في الإنجاب بعد وفاة زوجها.

* قد لا تكلل المحاولة الأولى للعملية بالنجاح، مما يستدعى إعادة المحاولة من جديد، وأثناء هذه الفترة يتوفى الزوج (الرفيق)، فمن حق الأرملة أن تعاد لها المحاولة حتى وإن تم ذلك في غياب زوجها المتوفى عنها، لأن الهدف من البداية كان يرمي إلى تحقيق غاية معينة تولدت نتيجة إتفاق مشترك بينهما.

* من الصعوبة بما كان إهدار البويضات المخصبة، لأن الأمر يتعلق هنا بكائن إنساني والقول بإهدارها يؤدي إلى تحقيق موته، من أجل تفادي ذلك لابد من إباحة زرعه داخل الرحم ليكتمل ويتحقق حقه في الحياة حتى وإن تم ذلك بعد وفاة الأب.

[1]- Cf. Jean MONDELBAUM, Génération éprouvette, les procréations médicalement assistées, 1991, p.166,
- مقتبس من العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.55.

* إن الزوجة قد تعلق آمالا في الحصول على طفل، لكن الأقدار تشاء أن يتوفى الزوج قبل اكتمال هذه الرغبة، مما يؤزم نفسيتها لأن صدمتها تكون بفقدان زوجها وكذلك بعدم تحقيق رغبتها. وللتخفيف من شدة آلامها تمنح لها فرصة إجراء العملية بزرع البويضات المخصبة في رحمها وبهذا تتحقق على الأقل سعادتها بضم المولود إليها[1].

يبدو من دراسة هذه الحجج والأسانيد لأول وهلة اتخاذ موقف معارضي العملية فهي تبدو جد قوية، إذ يعتبر صحيحا أن الرابطة الزوجية تنتهي بالوفاة وعملا بهذا النص القانوني تحرم الأرملة من زرع البويضات المخصبة داخل رحمها. كما أنه من المجحف حرمان المولود من رابطة الأبوة وزيادة برمجة أطفال يتامى مسبقا، وفوق هذا كله ما وجد التلقيح الإصطناعي إلا للقضاء على مشكلة العقم وبانتفاء ما يبرره يصبح من المستحيل تنفيذه.

مع ذلك إذا سلمنا برفض هذه العملية سنصطدم مع مشكلة مصير البويضات المخصبة، إذ بعيدا عن آلام الأم وتحقيق رغبتها وسعادتها في الحصول على مولود يثار التساؤل حول معرفة ما إذا كان يحق إهدار هده البويضات، ومن له الحق في ذلك؟

نظرا لهذه المعطيات يستعص علينا إتخاد موقف، فمن الصعوبة تحديد ما يعتبر ضروريا وما هو ثانوي فهل نغلب قاعدة أن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة أم أننا نأخذ بمبدأ الحق في الحياة؟

إذا كان هذا هو موقف الفقه من عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة فما هو موقف القضاء منها؟

2 - موقف القضاء الفرنسي من عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة

من جهته القضاء الفرنسي وعلى غرار الفقه تضاربت أحكامه، إذ عرفت تذبذبا في منطوقها بين الرافض والمؤيد لزرع البويضات المخصبة بعد الوفاة. ونستعرض فيما يلي قضيتين الأولى توضح موقف القضاء المعارض للعملية والثانية يتجلى من خلالها موقفه المؤيد لها.

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.63 وما بعدها.

أ- موقف القضاء المعارض للعملية

يتجلى موقف القضاء الفرنسي الرافض لفكرة زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة من خلال الحكم الصادر عن محكمة Toulouse الإبتدائية بتاريخ 11 ماي 1993. وتتخلص وقائع القضية في أن السيد "Albin Pires" تزوج بالسيدة "Domingaz Marie" سنة 1977 ليتبين لهما فيما بعد أنهما مصابين بالعقم، وللقضاء على هذا المشكل توجها إلى مركز الإنجاب الصناعي المتواجد بمستشفى" Le Grave"، من أجل الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب.

ومن سنة 1984 إلى غاية 1990 أجريت لها سبع محاولات، وبمناسبة المحاولة الثانية قام الزوجين بالتوقيع على وثيقة جاء فيها أن تحويل البويضات المخصبة وزرعها في الرحم لا يمكن أن يتحقق إلا في حضور الزوجين معا، وفي حالة ما إذا فكت الرابطة الزوجية لأي سبب من الأسباب فإن البويضات المحفوظة يتم إهدارها.

ولقد نجح الأطباء في تخصيب أربع بويضات، قاموا بزرع بويضتين مخصبتين داخل الرحم بتاريخ 12 أكتوبر 1990 وبتجميد والإحتفاظ بالبويضتين المتبقيتين، لكن محاولة الزرع باءت بالفشل، ليتوفى بعدها الزوج بتاريخ 10 ديسمبر 1990، الأمر الذي دفع بأرملته مطالبة المركز بإجراء محاولة الزرع مرة أخرى باستخدام البويضتين المخصبتين التين تم تجميدهما.

غير أن المركز رفض ذلك، فرفعت الأرملة دعوى أمام المحكمة الإبتدائية تطالب فيها الحكم على المركز بأن يجري لها عملية زرع البويضات المحفوظة، وإذا رفض المركز ذلك، فإنه يتولى مهمة تسليم البويضات للأرملة ووضعها تحت تصرفها.

بالمقابل تمسك ممثل المركز بعدم اختصاص المحكمة الإبتدائية للفصل في النزاع المطروح أمامها كون أن المركز يعتبر مؤسسة عامة وأطباؤها موظفون عموميون وأن طبيعة العمل الناجم عن العقد هو عمل إداري.

وأمام هذه الأسانيد وتلك الحجج، قضت المحكمة برفض طلب الأرملة في زرع البويضات من قبل المركز، أو تسليمها لها، كما سمحت للمركز بإهدار ما تبقى من البويضات المجمدة، وذلك بارتكازها على الأسانيد التالية:

- أولا: إن هذه المسألة تمس بحقوق الطفل الذي سيولد، إذ بولادته بدون أب مسبقا سيؤدي إلى حرمانه من حقوقه الشرعية.

- ثانيا: إن اللجوء إلى المساعدة الطبية يستدعي وجود الحاجة الداعية والمتمثلة في القضاء على مشكلة العقم. وهذا يفترض تحرير الرضا الصريح والواضح من قبل الزوج والزوجة معا. وباعتبار أن الإنجاب الطبيعي يقتضي إتفاق شخصين واشتراكها في تحقيقه، فإن الإنجاب الصناعي يجب أن يكون هو الآخر محل إتفاق بين الزوجين ولا يمكن أن يتوقف على إرادة شخص واحد.

- ثالثا: إن الهدف من العلاج الطبي هو معالجة القصور الوظيفي للجسم الإنساني، وهذا الأخير لا يمكن أن يتحقق في حالة غياب أو انعدام وجود إرادة لدى الأبوين للإنجاب، وتمكين الأرملة من زرع البويضة المخصبة بعد وفاة زوجها يتعارض مع النظام العام ومع القواعد الإنسانية لسير الحياة.

لم تتقبل الأرملة حكم المحكمة الابتدائية، فرفعت دعوى إستئناف أمام محكمة Toulouse إلا أن هذه الأخيرة أصدرت قرارا بتاريخ 18 افريل 1994، قضت فيه بتأييد الحكم المستأنف مستندة على النقاط الثلاث المذكورة أعلاه، مضيفة أنه بوفاة الزوج لم يعد يوجد أي سبب قانوني يبرر زرع البويضات المخصبة[1].

[1] - Cf. C. A. Toulouse, le 18-Avril 1994, sur http//www. legifrance .gouv.fr

* أنظر كذلك على نفس الموقع، القضية التي فصلت فيها محكمة ران Rennes الإبتدائية بتاريخ 03-جوان 1993 وتتلخص وقائعها في خضوع سيدة تعاني من عدم الإنجاب لإصابتها بالعقم لمدة محاولات من التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب، وقد تمكن الأطباء من إستخراج ست بويضات في أفريل 1992، ثم تخصيب خمسة منها، ثم زرعت ثلاثة منها داخل رحم السيدة واحتفظ المركز بالبويضتين المتبقيتين. لكن محاولة الزرع الأولى باءت بالفشل، وبعدها توفي الزوج ،فلجأت أرملته للمركز من أجل إعادة المحاولة فقابلها هذا الأخير بالرفض.

على إثر هذا الرفض رفعت دعوى أمام محكمة "ران" الإبتدائية لتطالب بإصدار حكم يقضي بإجبار المركز على إتمام العملية أو تسليم البويضات لها، وحجتها في دلك أن زوجها وقبل وفاته قد عبر عن رضاه ورغبته في خضوع زوجته لعملية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب، أما المركز فقد تمسك برفضه بحجة أن العملية لا تتم إلا بحضور الزوجين معا، وأن وفاة أحدهما ينهي الإتفاق المبرم بينهما.

جامعة أبي بكر بلقايد
مكتبة
كلية الحقوق
تلمسان

ب – موقف القضاء المؤيد للعملية

بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي المؤيد لعملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة، يستشف من خلال الحكم الصادر عن محكمة Nanterre بتاريخ 08 جوان 1988 في القضية التي تتلخص وقائعها في أن السيد "Didier" كانت تربطه علاقة حرة مع السيدة "Catherine"، وبعد مدة من العلاقة تبين أنهما غير قادرين على الإنجاب. لهذا رغبا في الإستفادة من أسلوب التلقيح الإصطناعي، وبالفعل خضعت السيدة "Catherine" لعملية الإخصاب داخل الأنبوب، ثم زرعت البويضات المخصبة داخل الرحم فتكللت بالنجاح. وبعد مرور ثلاثة أشهر من نجاح هذه الأخيرة توفي "Didier" تاركا صديقته حاملا بتوأمين. لهذا رفعت السيدة "Catherine" دعوى أمام محكمة Nanterre تطالب فيها إلحاق نسب الطفلين بأبيهما المتوفى والاعتراف بالبنوة الطبيعية.

وبما أن المدعية لا تملك إقرارا رسميا من الأب الذي يعد شرطا للإعتراف بالبنوة الطبيعية، فإنها استندت في طلبها على حجة أن صديقها عبر عن رضاه بخضوعها لعملية التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب، كما أنه كان حاضرا وقت زرع البويضات المخصبة داخل رحمها، وهذا يعد إقرارا بالحمل حتى قبل وفاته.

لكن المحكمة وبالرغم من إقرارها بأن التوأمين الذين ولدا بتاريخ 06 جانفي 1988 هما من صلب أبيهما، إلا أنها لم تأخذ بعين الإعتبار الحجج المقدمة من طرف الأرملة، فرضا الصديق قبل وفاته لا يرقى إلى إقراره الرسمي بأبوته وذلك لعدم توافر شروط المادة 335 من القانون المدني الفرنسي[1].

وبناء على ذلك، فإن المحكمة لم تستند على حجة رضا الصديق قبل وفاته لإصدار حكمها، ولكن ألحقت النسب الطبيعي للتوأمين إلى أبيهما المتوفى مراعاة مصالح الطفلين وحفاظا على حقوقهما من الضياع[2].

[1] - L'art. 335 du c. civ. édicte que : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance ».

[2]- Cf. T.G.I. de Nanterre, 08/06/1988. sur www.legifrance.gouv.fr.

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن زوجين كانا يعانيان من مشكلة عدم الإنجاب اتجها إلى المركز من أجل إجراء عملية التلقيح داخل الأنبوب، إلا أن الزوج توفي قبل أن تنقل البويضة المخصبة داخل رحم أرملته. هذه الأخيرة طالبت المركز بإتمام مراحل العملية التي نتج عنها ميلاد طفل.

المشكل في هذه القضية يكمن في أن الطفل ولد لمدة تزيد عن ثلاثمائة يوم على تاريخ وفاة الزوج وتطبيقا للمادة 315 من القانون المدني الفرنسي يعتبر المولود ابنا غير شرعي. من أجل ذلك رفعت الأرملة دعوى أمام محكمة Angers لتطالب من خلالها بإلحاق نسب طفلها لزوجها المتوفى مستندة على الحقيقة البيولوجية.

وبعد اطلاعها على كافة المستندات قضت المحكمة بتاريخ 10 نوفمبر 1992 بإلحاق نسب الطفل الناجم عن عملية زرع البويضات المخصبة بأبيه المتوفى بالرغم من أنه ولد لمدة تزيد عن ثلاثمائة يوما من تاريخ وفاة الزوج، وحجتها أن التلقيح تم أثناء زواج الطرفين ومع أن الحمل جاء متأخرا إلا أن المتوفى هو فعلا الأب البيولوجي للطفل، وأنه مراعاة لمصلحة هذا الأخير لابد من استبعاد تطبيق أحكام المادة 315 من القانون المدني الفرنسي[1].

نحن لا نؤيد موقف القضاء الفرنسي بشأن موضوع زرع البويضات المخصبة بعد وفاة الزوج، وذلك لأن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة، وإن السماح بإجراء مثل هذه العملية فيه مساس للنصوص القانونية المعالجة لمسائل الأسرة وخرق فادح للقواعد المنظمة للنسب. من أجل ذلك وللمحافظة على قدسية الزواج وعلى العمود الفقري الذي ترتكز عليه الأسرة ينبغي التأكيد على ضرورة أن يتحقق الحمل قبل الوفاة لا بعده.

بعدما تطرقنا لموقف الفقه والقضاء من فكرة زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة وتبين أن الآراء والأحكام القضائية كانت متضاربة، يهمنا معرفة كيف حسم المشرع الفرنسي هذه المسألة، مع بيان موقف المشرع الجزائري.

---

[1]- Cf. T.G.I. d'Angers, 10/11/1992, D.Som., 1994. p.30, cité par :

- العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 151 وما بعدها.

3- موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من عملية زرع البويضات بعد الوفاة

تدخل المشرع الفرنسي سنة 1994 من أجل حسم المسألة ووضع حد لهذا التعارض فهل كان موقفه رافضا لعملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة، أم أنه أيدها خصوصا وأن اللجنة الإستشارية الوطنية للأخلاق "Le comité consultatif national d'éthique" أعلنت بتاريخ 17 ديسمبر 1993 تأييدها للعملية[1] ؟

في الحقيقة، لم يبد المشرع الفرنسي موقفه صراحة من هذه العملية، غير أن ذلك يتجلى ضمنيا بالرجوع إلى المادة 152- 2 فقرتها 03 من قانون الصحة العامة، إذ أن هذه الأخيرة نصت على أنه يجب أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة وقت إجراء عملية التلقيح الإصطناعي أو وقت تحويل البويضات المخصبة. وهذا دليل على عدم مشروعية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة داخل رحم الزوجة طالما أن الزوج أو الرفيق يجب أن يعبر عن رضاه ويكون حاضرا وقت زرعها.

يبدو هذا الحل منطقيا في أول وهلة، فالمشرع الفرنسي بهذا المنع يكون قد تمسك برغبته في منح المولود إطار عائلي تقليدي، أي متكون من أب وأم على الأقل. وكما أنه ساوى بين حالة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج بعد الوفاة، وحالة زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة بأن أقر بعدم جواز الأسلوبين من التلقيح معا.

غير أن خيار المشرع تعرض للعديد من الإنتقادات، لاسيما تلك الموجهة إليه من قبل مجلس الدولة الفرنسي، إذ يرى هذا الأخير أن طلب الأرملة زرع البويضات المخصبة بعد وفاة زوجها أو رفيقها يمكن النظر إليه على أنه رغبة منها في مواصلة مشروع وباعتبار أن هذا الأخير هو حصيلة اتفاق مشترك بين الأبوين، فلا يوجد ما يمنع من إتاحة الفرصة للأرملة في تكملة هذا المشروع الأبوي بعد وفاة الطرف الآخر[2].

وإن إجراء قياس بين حالة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج، وحالة زرع البويضات بعد الوفاة لا يعد في محله لوجود تباين بين الحالتين. ففي الحالة الأولى نكون أمام مني مجمد فقط

[1] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.198.
[2] - Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.44.

وإن حفظه لا يؤدي حتما إلى خلق كائن بشري ولهذا إضفاء عدم الشرعية على هذه الحالة لا تؤدي إلى خسارة المولود. في حين أن الحالة الثانية تعد أكثر صعوبة إذ نكون أمام بويضات تم تخصيبها أي تواجد كائن بشري في أولى مراحل نموه، وإن منع زرعه داخل الرحم سيؤدي إلى خسارته بتحقيق موته.لهذا يعد أمرا ضروريا إضفاء الشرعية على الحالة الثانية من أجل السماح بولادة طفل نتج عن اتفاق مشترك بين الأبوين وتشكل قبل وفاة والده البيولوجي[1].

والواقع، فالمشرع الفرنسي لم يسمح للأرملة بمواصلة مشروعها عن طريق زرع البويضات المخصبة داخل رحمها، ولكي يتفادى تلف هذه البويضات اعتمد حلا نص عليه بموجب المادة 152-4 من قانون الصحة العامة والذي يتمثل في إمكانية تعبير الأرملة عن رضاها بأن تستقبل بويضتها المخصبة من قبل شخصين غير قادرين على الإنجاب وبهذا النص يحافظ على الكائن البشري ويساهم في ولادته حيا.

تماشيا مع هذا الحل المعتمد من قبل المشرع، فإن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 جانفي 1996 أيدت القرار الصادر عن محكمة استئناف Toulouse الصادر بتاريخ 18 أفريل 1994، في شقه الأول والقاضي بعدم السماح بزرع البويضات المخصبة داخل رحم الأرملة، لكن ألغت القرار في شقه الثاني الذي أمر المركز بإتلاف البويضات المخصبة، وقررت منح الأرملة فرصة التنازل عن بويضتها لصالح مستفيدين بعد التعبير عن رضاها، أو أنه يتم إهدار هذه البويضات فقط في الحالة التي يمر على حفظها لدى المركز مدة تفوق خمسة سنوات دون أن يستقبلها أحد[2].

---

[1] - Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.45.

[2]- بعد أن رفضت محكمة تولوز طلب السيدة Marie D بزرع بويضتها المخصبة من قبل المركز أو تسليمها لها، وأيدت محكمة استئناف تولوز الحكم المستأنف بتاريخ 18 أفريل 1994.طعنت السيدة Marie D في القرار المستأنف أمام محكمة النقض الفرنسية، واستندت الأرملة في حججها المقدمة على المادة الأولى من قانون 17 جانفي 1975 التي تضمن حرمة الكائن البشري ابتدءا من وقت بدء حياته، وتمنع التعرض له إلا في حالة الضرورة، كما أضافت أن لديها الحق في اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لأن السبب لا يزال قائما حتى بعد وفاة زوجها كون أنها هي أيضا تعاني من العقم.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بحجتها الثانية، واعتبرت أن قضاة الموضوع حينما رفضوا طلب الأرملة بحجة أن السبب منعدم لوفاة الزوج قد أخطأو في تطبيق المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، فطالما أن الزوجة عقيمة فإن سبب لجوها لإجراء العملية متوفر.

أما الحجة الأولى المقدمة من طرف الأرملة والمتمثلة في الإستناد على المادة 01 من قانون 1975 فلم تأخذ بها محكمة النقض، فحسب رأيها نص المادة لا يعد قابلا للتطبيق في هذه الحالة لأن البويضات المخصبة لم تزرع بعد داخل الرحم، فهو يسري من وقت نجاح الزرع وتحقيق الحمل.وكما أضافت أن المساعدة الطبية للإنجاب وحتى قبل دخول المادة 152-2 من قانون الصحة العامة حيز التنفيذ، لا يكون هدفها

نظرا للإنتقادات العديدة التي وجهت إلى المشرع الفرنسي بخصوص هذه المسألة، اقترح مجلس الدولة تمكين الأرملة من استرجاع بويضتها المخصبة قصد زرعها داخل رحمها وتحقيق الحمل لديها مع تعليق ذلك على الشروط التالية:

* يجب أن يعبر الأب عن رضاه أو موافقته لمواصلة زوجته أو رفيقته لوحدها مشروعها الأسري ويتم التعبير عن هدا الرضا في أي وقت قبل وفاة الأب.

* اقترحت اللجنة الإستشارية الوطنية للأخلاق أن تمنح للأرملة مهلة أقلها ثلاثة أشهر وأقصاها ستة أشهر بعد وفاة زوجها أو رفيقها لتطالب بالبويضات المخصبة، أما عن محاولة زرعها داخل رحمها فيجب تنفيذها قبل انقضاء أجل ثمانية عشر أشهر من الوفاة وبخصوص عدد المحاولات الواجب إجراؤه، فقد نوهت اللجنة على أفضلية الإكتفاء بإجراء محاولة واحدة فقط سواء تكللت بالنجاح أو باءت بالفشل، والحكمة من ذلك أن لا تأتي الولادة متأخرة كثيرا عن تاريخ وفاة الأب.

* يجب تعديل القانون المدني، من أجل تنسيق ولادة الطفل مع نسبه من أبويه سواء تعلق الأمر بالنسب الطبيعي أو الشرعي. فبالنسبة للشخصين الذين تربطهما علاقة زواج، تصبح المادة 312 فقرة 01 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على قرينة الولد للفراش غير قابلة للتطبيق على حالة الولد الناجم عن عملية التلقيح الإصطناعي. وكما أن زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة سيؤدي إلى ولادة طفل بعد مرور أكثر من 300 يوم وهذا يتعارض مع نص المادة 312 من ذات القانون.

=مشروعا إلا إذا ولد المولود في كنف عائلة متكونة من أب وأم وفي قضية الحال توفي Albino قبل نجاح زرع البويضات المخصبة وولادة الطفل مما يجعل الوسيلة غير مشروعة إلى جانب كل ذلك فإن طلب الأرملة يتعارض مع الإلتزام الذي وقعته.

لهذه الأسباب كلها قضت محكمة النقض بتأييد قرار محكمة الإستئناف القاضي برفض طلب الأرملة بزرع البويضات المخصبة داخل رحمها بعد وفاة زوجها.

أما فيما يتعلق بمصير هذه البويضات، فقد اعتمدت المحكمة على تطبيق المادة 9 من قانون 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 التي يستفاد منها أن البويضات المخصبة المتوافرة على الشروط الصحية وقت تحويلها يمكن أن تسلم إلى شخصين تتوافر فيهما الشروط المنصوص عليها بالمادة 152-5 من قانون الصحة العامة. و يتم إتلافها في حالة عدم إستقبالها بعد مرور 05 سنوات على حفظها؛

- Cf. C. Cass. 1èr.ch.civ, 09 Janvier 1996, n° de pourvoi 94 – 15998. sur : www.legifrance.gouv.fr

مشكل آخر يطرح إذا تم تطبيق المادة 313-1 من القانون المدني، فطبقا لهذا النص تستبعد في حالة تسجيل مولود دون ذكر إسم والده فيحمل فقط أسم والدته. إدا طبقنا هذه المادة في حالة زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة فمن الممكن للأرملة أن تعلن تحت إسمها ولادة المولود وبهذا يأخذ لقب والدته ويحرم من أصل والده. لتفادي هذا الإشكال يجب إضافة فقرة للمادة 313-1 من القانون المدني تنص على عدم تطبيق ما تنص عليه في حالة ولادة طفل عن طريق زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة.

أما بالنسبة للشخصين الذين تربطهما علاقة حرة لا تقل عن سنتين، من المستحيل الحصول على إقرار رسمي من الزوج بأبوته للطفل الناجم عن زرع البويضات المخصبة داخل الرحم وذلك لوفاته قبل إتمام هذه المرحلة. من أجل ذلك لا بد من إضافة مدة جديدة ضمن القانون المدني تنص صراحة على أن الرضا الحر والصريح المعبر عنه من قبل الزوج أو الرفيق قبل وفاته والقاضي بمواصلة أرملته المشروع المتفق عليه، يعتبر إقرارا رسميا منه.

الملاحظ أنه بصدور قانون 2004-800 المؤرخ في 06 أوت 2004 لم يأخذ المشرع الفرنسي بالإقتراحات المقدمة من قبل مجلس الدولة، إنما تمسك بالموقف الذي تبناه قانون 1994. إذ نص طبقا للقانون الجديد على أن الزوجين أو الرفيقين يجب أن يكونا على قيد الحياة وقت زرع البويضات المخصبة. وفي حالة وفاة أحدهما يمكن للطرف الآخر الذي بقي على قيد الحياة أن يتنازل عن البويضات المخصبة ليتم استقبالها من طرف من هم بحاجة إليها، وذلك بعد التعبير عن رضاه وتمنح له مهلة ثلاثة أشهر للتأكيد من هذا الرضا.

استنادا مما تقدم ذكره، نستخلص أنه طبقا للقانون الفرنسي لا يمكن للأرملة أن تستفيد من زرع بويضاتها المخصبة بعد وفاة زوجها أو رفيقها، وحتى لا يتم إتلاف هذه الأخيرة والمحافظة على الكائن البشري في الحياة، يتم إستقبالها من طرف عائلة مؤسسة من أب وأم، واستثناء يتم إتلافها بمرور خمس سنوات على حفظها وتجميدها.

في الحقيقة، نرى أن موقف القانون الفرنسي يبدو غريبا وغير منطقي، إذ كيف يقرر أن تستلم البويضات المخصبة من قبل شخصين أجنبيين بدلا من أن تستلمها صاحبتها. وحتى وإن فرضنا بأن المشرع أراد بموقفه هذا أن يضمن للمولود أسرة متوازنة في صورتها التقليدية فإن

موقفه يبقى غير متقبل لأنه بهذا القرار لن يكتفي بحرمان الطفل من الأب فحسب إنما سيجعله يتيما من جهة الأم أيضا بالرغم من أنها لا تزال على قيد الحياة.

إنطلاقا من هنا نقول أن قرار المشرع الفرنسي جاء مجحفا وصارما، إذ كان عليه أن يسير على إقتراح مجلس الدولة ورأي اللجنة الوطنية للأخلاق، ففي إعتقادنا من مصلحة المولود أن يعيش في حضن أمه ليستفيد من حنانها طالما أنه يحمل صفاتها الوراثية لا أن يترعرع في كنف أسرة لا تربطه بها أية رابطة دموية.

هذا فيما يخص موقف القانون الفرنسي من عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة. أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري منها، نقول أنه لم يتعرض للنص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إنما اكتفى بالشرط القائل أن اللجوء من التلقيح الإصطناعي يتم من قبل الزوجين أثناء حياتهما، أي اشترط أن يكون الزوجين معا على قيد الحياة وقت زرع البويضات المخصبة، هذا ما يدفعنا إلى القول أن العملية إذا تمت بعد إنقطاع الرابطة الزوجية فإن المولود الناجم عنها يعتبر إبنا غير شرعي، وهو الأمر الذي يعطي للورثة الحق في الإعتراض على نسبه تطبيقا لنص المادة 128 من القانون الأسرة التي تنص على أنه: "يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت إفتتاح التركة"[1].

من هنا نلاحظ أن الأمر محسوم وواضح بالنسبة للقانون الجزائري ولا مجال لفتح باب للتفسير والإجتهاد، فمسألة زرع البويضات المخصبة بعد وفاة الزوج محظورة ومستبعدة تماما لكونها أسلوبا غير شرعي. هكذا يكون مشرعنا أراد ضمان حماية أوسع للأسرة والحفاظ على عمودها الفقري الذي ترتكز عليه ألا وهو النسب. إلا أن هذا الموقف يثير التساؤل حول ما مصير الفائض من البويضات المخصبة؟

إذا كان المشرع الفرنسي قد ابتكر حلا لهذا الفائض في البويضات بأن أقر جواز التبرع بها لصالح غير القادرين على الإنجاب، فإن هذا الحل لا يمكن أن يعتمده المشرع الجزائري، كون أن فكرة التبرع غير جائزة وأن زرع بويضات مخصبة لزوجين داخل رحم امرأة أجنبية يجعل

[1]- أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، م.ج.ق.إ.س.، 2003، ع.01. ص.50.

المولود غير شرعي. وتأييدا لذلك،لقد أعلن وزير الصحة الجزائري من خلال قانون السير الحسن " Code de bonne conduite"، عن إتلاف البويضات المخصبة، وهو الحل الوحيد الذي كان ينبغي اتخاذه بالرغم من أنه يتعارض مع حرمة وكرامة الكائن البشري[1]. وذلك لأن البويضات المخصبة لا تعتبر مجرد سائل منوي إنما هي عبارة عن كائن بشري في أولى مراحل تطوره، وإن إتلاف البويضات في هذه المرحلة يعني حرمان هذا الكائن من حقه في الحياة بتحقيق موته.

نشير في هذا الصدد إلى أن مسألة إتلاف البويضات الزائدة كانت محل بحث أجراه المجمع الفقهي الإسلامي في جدة في قراره رقم 6/6/55 والذي توصل فيه إلى[2]:

- في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الإقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض في البويضات الملقحة.

- إذا حصل فائض في البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

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

---

[1]- Cf. Abdelhafid OSSOUKINE , A propos d' un code de bonne conduite en matière d'insémination artificielle, le Quotidien d'Oran du 31 Août 2005, p. 07 .

[2]- أنظر، أبو البصل عبد الناصر، طرق إختيار جنس الجنين وحكمها الشرعي، جريدة الغد، 2006/3/3؛ على موقع www.alghad.jo.

المطلب الـــثـــانـــي

التـــلقيح الإصطناعي بـــواســـطـــة الأم البديلة

قد يصاب مبيض المرأة بالعقم، فيحول ذلك دون إمكانية حصولها على ولد بيولوجي، كما قد يكون المبيض سليما ولكن الرحم مصاب بهذه الآفة فيمنع استقرار الحمل به، أو يكون الرحم والمبيض سليمين، لكن المرأة مصابة بمرض خطير يخشى انتقاله للمولود، أو تكون المرأة سليمة لكنها لا تتحمل الحمل لإصابتها بمرض يعرض صحتها للخطر.

وبعيدا عن الأسباب الصحية التي تقف عائقا أمام حصول الزوجين على طفل لهما، قد تكون المرأة سليمة وقادرة على الإنجاب إلا أنها وحفاظا على مظهرها الخارجي وتفاديا لما قد يطرأ عليه من تغيرات تأبى الحمل بالطريقة الطبيعية.

كل هذه الحالات دفعت بالتساؤل التالي: ما المانع أن تحمل امرأة بطفل لإمرأة أخرى غير قادرة على الإنجاب لسبب من الأسباب سالفة الذكر؟ أو هل تستطيع امرأة قادرة على الحمل والوضع أن تضع مولودا لصالح امرأة أخرى[1] ؟

هذا التساؤل أدى إلى ظهور تقنية جديدة من أساليب التلقيح الإصطناعي أطلق عليها الأم البديلة.

وقد وضعت لجنة " Wornock" بانجلترا تعريفا لهذه الأخيرة جاء فيه أن "الأم البديلة هي التي تقوم بمهمة حمل الجنين ووضعه على أن يتم تسليمه بعد ذلك للزوجة التي يتم الإجراء لصالحها"[2]. وبتعبير أخر، فالأم البديلة هي المرأة التي تقبل شغل رحمها بالمقابل أو مجانا بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعيا لصالح زوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة[3].

[1] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.259.

[2]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.410.

[3]- أنظر،مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، – دراسة مقارنة–، م.ج.ع.ق.إ.س.،1999، ع.04، ص.17.

تتدخل الأمهات بالإنابة بهدف مساعدة الزوجين غير القادرين على الإنجاب فيكون هدفها الإيثار وليس الحصول على مقابل مادي. لكن ذلك لا يتم في جميع الأحوال، فغالبا ما يكون الغرض من تدخلهن هو الحصول على المال وبالتالي تحقيق مصلحة مادية، هذا فعلا ما حصل في قضية "Baby Cotton" سنة 1983[1].

هذا وتتخذ الأمهات بالإنابة إحدى الصورتين التاليتين:

* تقبل الأم البديلة بأن تتبرع ببويضتها ليتم تلقيحها صناعيا بنطفة زوج المرأة العقيمة داخل أنبوب الإختبار، بعدها تزرع النطفة الأمشاج أو اللقيحة المخصبة داخل رحم الأم البديلة لينمو الجنين فيه بشكل طبيعي. وهنا تكون الأم البديلة هي الأم البيولوجية للطفل باعتبارها صاحبة البويضة والرحم معا ولا دور للزوجة سوى تسلمها للطفل بعد الولادة، يطلق على هذه الصورة ب"La mère de substitution".

* تقوم الأم البديلة بإيجار رحمها لصالح المستفيدين الراغبين في الحصول على طفل، فيتم زرع اللقيحة المخصبة الناتجة عن تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها اصطناعيا في أنبوب الإختبار داخل رحم الأم البديلة، وبالتالي لا صلة تربط الحاملة بالطفل سوى الحمل فهو ليس منها بيولوجيا. وباعتبار أن دورها يقتصر على الحمل فقد أطلق عليها اسم " La mère porteuse " أو"Gestation pour autrui"، غير أنه في كلتا الحالتين تكون مهمة الأم البديلة الحمل بدلا من الأم المستفيدة مع تسليمه لها بعد تمام ولادته حيا[2].

انطلاقا مما تقدم ذكره، نجد أن التلقيح الإصطناعي لم يعد مقتصرا على الزوجين أو الرفيقين الذين تربطهما علاقة حرة لمدة لا تقل عن السنتين، إنما شهد تدخل طرف ثالث لا تربطه بالرجل لا علاقة شرعية أو معترف بها، يتمثل هذا الطرف في امرأة تتدخل لحمل جنين في رحمها وبهذا ينشأ إتفاق بين هذه المرأة المسماة الأم البديلة والمستفيدين الراغبين في الحصول على طفل، وبمجرد الإتفاق ينعقد العقد بينهما يطلق عليه عقد تأجير الرحم (الفرع الأول).

---

[1] - حيث وافقت السيدة "Cotton" أن تكون أما بديلة بهدف الحصول على مبلغ من المال يمكنها من إتمام بناء منزلها. انظر في هذا الصدد، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 111؛ العربي التشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.74؛ مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 414.

[2] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.259 ; Marina CARRERE d' ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.88.

وقد شهدت الدول الغربية عمليات التقيح الإصطناعي بواسطة الأمومة البديلة، الأمر الذي أحدث ضجة كبيرة في هذه الأوساط، وأثار الجدل حول مدى مشروعية هذا النوع من التلقيح (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

عقد استئجار الرحم

يعرف العقد على أنه إتفاق يلتزم بموجبه شخصان أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو بفعل أو عدم فعل شيء ما[1].

وقد أطلق البعض[2] على عقد تأجير الرحم تسمية عقد الإجتنان، ويعرف على أنه:" إتفاق تتعهد بمقتضاه الأم البديلة بشغل رحمها بحمل جنين مخلق من النطفة الأمشاج للمستجن لهما، وهما الزوجان الذين استحال عليهما الإنجاب بسب إصابة رحم الزوجة، ويترتب عليه إلتزام كل من الطرفين بما وجب عليه الأخر[3]. وبهذا يتشكل العقد من طرفين وهما:

1- المستجن لهما: وهما الزوجان أو الرفيقان الذين تربطهما علاقة حرة لا تقل عن سنتين، غير قادرين على الإنجاب بسب مرض أصاب رحم الأم فيرغبان في الحصول على الذرية والتمتع بحقهما في البنوة، فيلجآن إلى استئجار أم بديلة ليتم الحمل والوضع لحسابهما.

2- الأم البديلة: هي المرأة التي تتطوع برحمها لحمل جنين إلى حين الولادة لتسلمه للزوجين الذين تم الحمل لصالحهما. وقد يتم التأجير إما بمقابل أو بدون مقابل.

ومن زاوية أخرى، يمكن استخلاص خصائص هذا العقد فيما يلي:

---

[1]- أنظر، المادة 54 من ق. م. ج. والمادة 1101 من ق. م.ف.

[2]- أنظر، عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار النهضة العربية، ص.109.

[3]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.،1999، ع.04.ص.44.

ا -عقد رضائي: لأنه يتم بمجرد إتمام الإتفاق بين المستجن لهما والأم البديلة.

ب- عقد ملزم للجانبين: فهو ينشأ إلتزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، إذ يلتزم المستجن لهما بدفع جميع المصاريف المتطلبة لإتمام العملية بما في ذلك نفقات الفحوص الطبية، الغذاء، المسكن، الملبس، وما تحتاجه بعد الولادة من نفقات الطبيب والمهم هو دفع المبلغ المالي المتفق عليه بعد تسليم المولود. بالمقابل تلتزم الأم البديلة بحمل الجنين وتسليمه بعد الولادة.

ج- عقد معاوضة : فكل من طرفيه يأخذ مقابل ما التزم به، إذ يأخذ الزوجين المولود وتأخذ الأم البديلة المبلغ المالي.

د- عقد زمني: فالعقد يبقى قائما إلى حين ولادة الطفل فهو محدد بزمن الحمل.

هذا ويقوم عقد تأجير الرحم كسائر العقود على ثلاثة أركان وهي:

* الرضا: يقصد به أن أحد المتعاقدين يطرح موضوع التعاقد على الأخر ويسمى عرضا أو إيجابا، فإذا لقي العرض موافقة من الآخر يسمى ذلك قبولا. وبتعبير آخر، هو إتجاه إرادة طرفي العقد نحو إحداث أثر قانوني معين، الأمر الذي يتطلب توافق إرادتي طرفا العقد وإن تكون هذه الإرادة خالية من عيوب الإرادة[1]. والرضا في عقد تأجير الرحم يتمثل في طلب الزوجين الراغبين في الإنجاب من الأم البديلة أن تحمل جنينا في رحمها وأن تعبر هذه الأخيرة عن موافقتها على هذه الوسيلة.

أما إذا أصاب عيب من عيوب الإرادة رضا أحد المتعاقدين قبل تنفيذ العملية فإنه يمكن إبطال العقد.لكن الصعوبة تكمن إذا تبين إصابة الإرادة بالعيب بعد البدء في تنفيذ العقد أي بعد إدخال النطفة الأمشاج في رحم الأم البديلة لأن المطالبة بإبطال العقد في هذه المرحلة ينتج عنه آثار غير مرغوب فيها تتعلق بحمل ووضع المولود[2].

---

[1]- انظر، المادة 59 من ق.م.ج. والمادة 1109 من ق.م.ف.؛ إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.321.

[2]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.46.

* المحل: يقصد به العمليات القانونية التي يراد تحقيقها من وراء إبرام العقد ومن جانب آخر يقصد به الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، أو الإلتزام الذي يترتب عليه[1].وإن محل الإلتزام في عقد تأجير الرحم هو الإلتزامات الواجبة على كلا الطرفين باعتبارهما دائن ومدين في نفس الوقت[2]. فمحل إلتزام الأم البديلة هو تقديم رحمها خاليا من كل حمل. أما محل إلتزام المستجن لهما فهو دفع المقابل المتفق عليه.

* السبب: سبب العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد أي الغرض الذي من أجله إلتزم المتعاقدان[3]. والسبب في عقد تأجير الرحم للمستجن لهما هوا لحصول على مولود عن طريق التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة. أما سبب الأم البديلة فهو الحصول على المبلغ المالي.

من خلال ما تقدم، يهمنا معرفة كيف يتم إبرام هذا الإتفاق (أولا)، ثم طالما أنه يتميز بالخصائص والأركان السابقة فإن ذلك سيساعد على إجراء تمييز بينه وبين ما يشابهه من العقود (ثانيا)، وأخيرا فإن عقد تأجير الرحم وكسائر العقود يولد آثارا في ذمة المتعاقدين (ثالثا).

أولا: الإتفاق المبرم بين الأم البديلة والمستفيدين من العملية

لقد سبق تعريف عقد الإيجار على أنه إتفاق مبرم بين الأم البديلة والمستجن لهما وأن هذا الإتفاق يتم إبرامه بطريقتين:

1- الإتفاق المبرم بين المستفيدين والأم البديلة بطريقة مباشرة

يقصد به، أن عملية التلقيح تتم باتفاق الطرفين دون تدخل الغير. وفي هذه الحالة تكون الأم البديلة صديقة لأحد المستجن لهما أو تربطها بأحدهما أو كلاها علاقة قرابة، فتتبرع برحمها

---

[1]- نص المشرع الجزائري على المحل بموجب المواد من 92 إلى 96 من ق.م. أما المشرع الفرنسي فقد نص عليه بموجب المواد من 1126 إلى 1130 من ق.م.

[2]- فالأم البديلة تعتبر مدينة بحمل الجنين في رحمها وتسليمه للزوجين، وفي نفس الوقت تعتبر دائنة بالمبلغ المتفق عليه، بالمقابل يعتبر المستجن لهما مدينان بثمن الحمل ودائنان بتسلم المولود.

[3]- أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.69 ؛

وقد نص المشرع الجزائري على السبب بموجب المادتين 97 و 98 من ق.م. والمشرع الفرنسي بموجب المواد من 1131 إلى 1133 من ق.م.

أو ببويضتها أو بهما معا بهدف مساعدتهما. وهنا تتم العملية دون الحصول على مبلغ مالي أي دون تحقيق كسب مادي[1].

هذا بالفعل ما حصل في فرنسا سنة 1983، حيث تطوعت "Christine"، امرأة مطلقة وأم لطفل بحمل جنين لصالح أختها "Magali"- متزوجة وعقيمة- عن طريق التلقيح الإصطناعي بنطفة زوج أختها. نتج عن هذه العملية الطفل "Stéphane" والذي تنازلت عنه خالته التي حملته لصالح أختها. بعد اعتراف الأب به لجأت الزوجة العقيمة لإتمام إجراءات التبني وضم المولد لها، و لم تواجهها أية مشاكل قانونية[2].

2- الاتفاق المبرم بين الأم البديلة والمستفيدين بطريقة غير مباشرة

في هذه الحالة لا تربط الأم البديلة بالمستفيدين أية علاقة كونها أجنبية عنهما. وتتم العملية بالطريقة غير المباشرة، ذلك أن الإتفاق لا يتم بين الطرفين لولا تدخل طرف ثالث يتولى مهمة البحث عن الرغبات في الحمل بالإنابة، والراغبين في الحصول على مولود بهذه الوسيلة. هذا الغير الذي يطلق عليه إسم الوسيط يتخذ إحدى الصورتين التاليتين:

أ - مكاتب وساطة ذات طابع تجاري

تختص هذه المكاتب بإبرام العقود بين الطرفين.فيتصل المستفيدين من العملية بالمكتب للبحث عن الأم الحامل التي تتوافر فيها الشروط والمتطلبات التي يرغبان فيها، بعدها يتولى المكتب إختيار المرأة المناسبة من ضمن النساء اللواتي يرغبن في الحمل بهذه الطريقة واللواتي تكون أسماؤهن مسجلة في جهاز الإعلام الآلي.

[1] - Cf. Déclaration de principe conjointe, considérations déontologiques sur la reproduction assistée, ententes de gestation pour autrui, journal SOGC, août 1999, p.8.

[2]- تمت نفس العملية على أم بديلة لكن هذه الأخيرة تعتبر جدة المولود فالجدة الأم وهي مواطنة بيضاء من جنوب أفريقيا ، تبلغ من العمر 48 سنة، تبرعت بالحمل لصالح ابتها "Carine" البالغة 25 سنة ، فوضعت الجدة ثلاث أطفال (ولدان وبنت) وتم تسليمهم للإبنة العقيمة.

- أنظر في هذا الصدد، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.71؛ مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص. 19 وما بعدها.

عندما يقع الإختيار يقوم المكتب بالإتصال بالزوجين ليحدد موعدا لإجراء المقابلة بين الطرفين ويتفقان على المبلغ المالي الذي سيدفع للحامل وعمولة المكتب[1].

في الأخير يفرغ الإتفاق المبرم في شكل قالب قانوني تحدد فيه الإلتزامات والحقوق. وإذا كانت العلاقة هنا قائمة أساسا بين الأم البديلة والمستفيدين، فإن علاقة أخرى تنشأ بين المستفيدين ومكتب الوساطة. هذه الأخيرة يمكن تكييفها على أنها عقد مقاولة والسبب راجع إلى أنه في عقد المقاولة يلتزم المقاول بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد بدفعه المتعاقد الآخر. وهو نفس الأمر الذي يتعهد به مكتب الوساطة فمهمته هي البحث عن الأم البديلة مقابل المبلغ الخدمة المدفوع من قبل الزوجين[2].

كما أن مكتب الوساطة يمكن اعتباره سمسار يهدف إلى إتمام الصفقة المتمثلة في إبرام الإتفاق بين الزوجين والأم الحامل بالإنابة مقابل أجر يتقاضاه بعد تنفيذ إلتزاماته وإذا أخل بتنفيذها تقوم مسؤوليته اللهم إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ غير راجع لخطأ منه[3].

ب. مكاتب وساطة ذات طابع خيري تضامني

يطلق على هذه المكاتب إسم جمعيات الأمومة البديلة التي تم إنشاؤها بهدف إنشاء حماية الأمهات بالإنابة والربط بينهن وبين الأشخاص غير القادرين على الإنجاب. وإن هذه الجمعيات لا تهدف إلى تحقيق الربح وإنما التضامن مع المستفيدين، وكذلك تشجيع النساء على التبرع برحمهن. ظهرت هذه الجمعيات في فرنسا، نذكر منها خاصة:

- الجمعية الوطنية للتلقيح الإصطناعي بالإنابة "A.N.I.A.S"، تم تأسيسها بمعرفة ممرضة[4].

- جمعية أمهات الإستقبال "Les mères d'accueil"، تم إنشاؤها في مرسيليا سنة1983[5].

[1] - Cf. Journal SOGC, op.cit., p. 8.

[2]- أنظر، المادة 549 من ق.م.ج.

[3]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.119 وما بعدها.

[4]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.20.

[5]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.112.

- جمعية القديسة سارة "Sainte Sarah"، ومهمتها البحث عن الأمهات بالإنابة لحمل الأطفال لصالح الغير[1].

- جمعية "Les Cigognes"، أسستها الأمهات البديلة للدفاع عن مصالحهن، وطلبت تسجيلها في سجل التضامن الإجتماعي"Bas-Rhin" ب"Alsace". وقد حلت هذه الأخيرة محل جمعيات أمهات الإستقبال[2].

- جمعية "Alma Mater"، تأسست في مرسيليا على يد طبيب وهي تهدف إلى رعاية مصالح كل الأطراف المعنية وتتكفل بحل المشاكل المالية المترتبة عن ممارسة هذا النشاط[3].

ثانيا: تمييز عقد تأجير الرحم عن ما شابهه من العقود

سبقت الإشارة[4] إلى أن عقد تأجير الرحم يتميز بجملة من الخصائص، فهو عقد رضائي وملزم للجانبين، عقد معاوضة وزمني، ويقوم على نفس الأركان التي تقوم عليها سائر العقود. هذا ما يجرنا إلى تمييز هذا العقد عن غيره من العقود المشابهة له.

1 – عقد تأجير الرحم وعقد الرضاع

يؤدي الرحم دورا وظيفيا كونه يشكل وعاءا للجنين ومكانا لتغذيته ولا علاقة له بتخليق الأجنة واكتسابها الصفات الوراثية. فهذه الأخيرة ناجمة عن التقاء بويضة الزوجة ومني الزوج حتى يكونا خلية متكاملة تبدأ بالانقسام الميوزي لتتكون الأعضاء والأجهزة المختلفة لدى الجنين[5].

أما الإرضاع فهو وصول الحليب من المرأة إلى جوف الطفل بمص الثدي خلال العامين الأولين من عمره بالقدر الذي ينشأ عظما أو ينبت لحما[6]. بهذا التعريف يتضح أن دور الثدي

---

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.72.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.112.

[3] - Cf. Patrick NICOLEAU, op.cit., p.138.

[4]- أنظر، مقدمة الفرع الأول، ص.109 من هذه الدراسة.

[5]- أنظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2004، ع.02، ص. 30.

[6]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.47.

يقتصر هو الأخر على تغذية الطفل لا بخليق الأجنة واكتسابها الصفات الوراثية وبهذا يكون دوره وظيفيا شأنه شأن الرحم.

من خلال ما تقدم نجد أن الدور الوظيفي لكل من الرحم والثدي يقرب التشابه بين الأم البديلة والمرضعة.

2- عقد تأجير الرحم وعقد الزواج

عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة الزواج بأنه:"عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

من هذا التعريف يمكن إجراء مقارنة بين عقد الزواج وعقد تأجير الرحم إذ يتشابهان من حيث الرضائية فكلاهما عقد رضائي يتم بتوافق الإراديين وتطابقهما. ومن حيث الإلزامية فبموجب عقد تأجير الرحم تلتزم الأم البديلة بحمل النطفة الأمشاج في رحمها إلى أن ينمو الجنين ويوضع ليسلم للزوجين العقيمين، وبالمقابل يلتزم الزوجان العقيمان بدفع الثمن المتفق عليه. نفس الشيء بالنسبة لعقد الزواج فهو عقد ملزم للجانبين فلكل من الزوجين حقوق وعليه واجبات[1].

وإذا كانت هذه هي نقاط التشابه بين العقدين، فإنهما مع ذلك يختلفان في الجوهر. فمن بين أهداف عقد الزواج حل الإستمتاع بين الرجل والمرأة، بإباحة المعاشرة الزوجية بينهما. في حين جوهر عقد تأجير الرحم يتمثل في شغل رحم الأم المستأجر بطرق صناعية بدون معاشرة هذه الأخيرة مع الزوج.

3 - عقد تأجير الرحم وعقد البيع

يقصد بعقد البيع ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو

[1]- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الآسرة، الزواج والطلاق، ج. ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1999، ص. 158 وما بعدها.

حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي[1].

من خلال هذا التعريف نجد أن عقد البيع يعتبر من العقود المسماة يتميز بكونه عقد رضائي إذ يكفي فيه تطابق الإرادتين بين البائع والمشتري مع اشتراط الملكية في العقود الناقلة للملكية. كما أنه عقد ملزم للجانبين إذ يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء للمشتري، بالمقابل يلتزم هذا الأخير بدفع الثمن، وطالما أن كل من الطرفين يأخذ مقابل لما التزم به فهو من عقود المعاوضة.

ولكن بالرغم من وجود تشابه بين العقدين، إلا أنه لا يمكن قياس عقد البيع على عقد تأجير الرحم. فالتباين يبقى قائما بينهما، وهذا راجع لإختلاف محل الإلتزام في العقدين، فبينما يتعلق محل الإلتزام في عقد البيع في الشيء أو الحق المالي، فإنه يتعلق في عقد تأجير الرحم بالمولود[2].

4 - عقد تأجير الرحم وعقد الإيجار

لم يعرف المشرع الجزائري في المادة 467 من القانون المدني عقد الإيجار واكتفى بذكر أركانه، أما المشرع الفرنسي فقد نص على الإيجار في المادة 1709 من القانون المدني[3]، ومن خصائصه أنه عقد ملزم للجانبين إذ يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة، بالمقابل يلتزم المستأجر بدفع الأجرة التي تكون إما نقودا أو عملا أخر[4].

وبهذا يتشابه مع عقد تأجير الرحم باعتباره ملزما للجانبين. كما يتميز عقد الإيجار وعلى غرار عقد تأجير الرحم أنه عقد معاوضة فكل طرف يأخذ مقابلا لما التزم به. وفي الأخير

---

[1]- انظر، المادة 351 من ق.م.ج.، تقابلها المادة 1582 من ق.م.ف.

[2]- انظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 110 وما بعدها.

[3]- تنص المادة 467 من ق.م.ج. على أنه: "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر

وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد حاصة".

L'art 1709 du C.civ dispose que : «le louage des choses est un contrat par lequel l'un des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle –ci s'oblige de lui payer ».

[4]- تنص المادة 470 من ق.م.ج. على أنه: " يجوز أن تكون أجرة الإيجار إما نقودا، وإما تقديم أي عمل آخر".

يشتركان في الزمن، فينتهي عقد الإيجار بانقضاء المدة المحددة في العقد كما ينقضي عقد تأجير الرحم بمجرد ولادة المولود وتسليمه للزوجين. ولكن بالرغم من هذا التشابه بينهما إلا أنه لا يوجد تقارب حقيقي بينهما كونهما يفترقان من حيث المحل، فمحل التزام المؤجر هو تمليك المستأجر منفعة العين المؤجرة، بينما محل إلتزام الأم البديلة هو شغل رحمها لحساب الغير.

وباعتبار أن رحم المرأة جزء من جسمها فهو لا يدخل في مفهوم الأشياء إذ لا يمكن تسليمه للإنتفاع به، فهو غير منفصل عن جسم المرأة البديلة. زيادة على ذلك فإن أعضاء أخرى توجد بجسم المرأة تساعد الرحم في عملية حفظ الجنين وغذائه[1]. وبهذا يبقى الإتفاق المبرم بين الزوجين والأم الحامل بعيدا كل البعد في مضمونه وطبيعته عن عقد الإيجار، فمحل التعاقد لا ينطوي على شيء أو حق مالي إنما ينطوي على شخص إنساني يستحيل التعامل معه بنفس معاملة الأشياء لخروجه عن دائرة التعامل القانوني[2].

5- عقد تأجير الرحم وعقد العارية

عقد العارية هو"عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للإستهلاك ليستعمله بدون عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الإستعمال"[3].

من هذا التعريف، يمكن القول أن عقد العارية وكسالف العقود سابقة الذكر يتشابه مع عقد تأجير الرحم في كونه عقد رضائي زمني، لكنهما يختلفان في نقاط أخرى أهمها أن عقد العارية ذو طبيعة تبرعية على خلاف عقد تأجير الرحم يكون بعوض. هذا ولا يمكن تطبيق أحكام عقد العارية على الإتفاق الخاص بعملية الحمل لصالح الغير، إذ من غير الممكن أن تعير الأم البديلة رحمها للزوجين ليتم إعادته لها بعد الإنتفاع به كونه جزء من الجسم أي خارج عن نطاق التعامل في الأشياء. وبالتالي لا مجال للحديث عن التزام المستعير برد الشيء محل تسلمه

---

[1]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04 ،ص.51.

[2]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 113.

[3]- أنظر، المادة 538 من ق.م.ج. تقابلها المادة 1875 من ق.م.ف.

على سبيل الإعارة في الحالة التي يكون عليها دون الإخلال بالمسؤولية عن الهلاك أو التلف كما هو الحال بالنسبة لعقد العارية[1].

6 -عقد تأجير الرحم وعقد الوديعة

تعرف الوديعة على أنها : "عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة معينة وأن يرده عينا"[2].

نستشف من هذا التعريف أن عقد الوديعة يتميز بكونه عقد رضائي، ملزم لجانب واحد، إذ أن الإلتزامات الناشئة عنه تقع على المودع لديه، الذي يلتزم بالمحافظة على الشيء ورده. كما أنه عقد تبرع فالمودع لديه يحتفظ بالوديعة دون دفع مقابل.

وإذا طبقنا هذه الخصائص على عقد تأجير الرحم، نجد أن الزوجين هما الطرف المودع في حين أن الأم البديلة هي الطرف المودع لديه. إذ يقوم الزوجين بتسليم الأم البديلة عينة من السائل المنوي للزوج لتخضع للتلقيح الإصطناعي بواسطته وتلتزم بالمحافظة على الجنين طيلة فترة حملها على أن تسلمه بعد تمام ولادته.

مع أن الزوجين يمثلان الطرف المودع والأم البديلة الطرف المودع لديه. إلا أنه لا يمكن تكييف عقد تأجير الرحم على أنه عقد وديعة وذلك نظرا لوجود فروق جوهرية بينهما تتمثل في:

* محل عقد الوديعة هو شيء منقول في حين أن محل عقد تأجير الرحم هو كائن حي لا يندرج ضمن طائفة الأشياء.

* يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء، محل الوديعة لمدة معينة ورده عينا إلى المودع، وذلك خلافا لعقد تأجير الرحم،إذ بالرغم من أن الأم البديلة تلتزم بالمحافظة على النطفة الأمشاج في رحمها لكن بانقضاء مدة الحمل والوضع، تلتزم بتسليم المولود. وهنا نلاحظ أن

[1]- أنظر، المادة 545 من ق.م.ج. والمادة 1902 من ق.م.ف.

[2]- أنظر، المادة 590 من ق.م.ج. وتقابلها المادة 1915 من ق.م.ف.

الأم البديلة تلتزم بالحفاظ على النطفة الأمشاج لكن لا تردها بعينها إنما تتحول هذه الأخيرة في نهاية العقد إلى إنسان متكامل[1].

خلاصة القول، بالرغم من وجود أوجه تشابه عديدة بين عقد تأجير الرحم وباقي العقود المسماة الأخرى، إلا أنه يبقى عقدا ذو طابع خاص، وما دام أنه غير منصوص عليه لا في القانون المدني، ولا في القوانين الأخرى فهو عقد غير مسمى. ولذلك يقتضي منا الأمر تبيان ما هي الآثار التي سيرتبها هذا العقد.

ثالثا: آثار عقد تأجير الرحم

إذا وقع إتفاق بين الزوجين غير القادرين على الإنجاب والراغبين في الحصول على مولود، والأم البديلة المؤجرة لرحمها، فإن العقد يبرم، وبانعقاده تترتب آثار عنه، من بينها أنه ينشىء إلتزامات على عاتق كل من الطرفين.

1 – إلتزامات الأم البديلة

يقع على الأم البديلة إلتزامين رئيسيين، يتمثل الأول في المحافظة على الجنين وإن هذا الإلتزام يقع عليها بمجرد إنعقاد العقد لا من وقت التنفيذ بإستدخال النطفة الأمشاج إلى رحمها. هذا للتأكد من خلو جهازها التناسلي من حقوق الغير عليه وكذا خلوه من الحمل.

كما تلتزم بإتباع كافة تعليمات الجهات الطبية المسؤولة عن عملية الوضع، والتقيد بالنصائح الموجهة إليها من قبل الأطباء و الأخصائيين[2].إضافة إلى ذلك، عليها بالقيام بما يعود على الحمل بالنفع، كالإلتزام بإجراء الفحوص والتحاليل الطبية أثناء مراحل الحمل، وتفادي تعاطي أية مواد من شأنها التأثير على صحة المولود كالتدخين وتعاطي الكحول والمخدرات، وعليها أن تحافظ على صحتها وصحة الجنين بالإبتعاد عن ممارسة أي نشاط جسماني مضر[3].

---

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 115؛ مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999 ،ع.04، ص. 52.

[2]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999 ،ع.04، ص. 54.

[3]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 77.

ولا يقف إلتزامها على المحافظة على الجنين فحسب، إنما يمتد إلى إلتزامها بتسليمه للزوجين الذين أبرما الإتفاق معها. وهنا تخضع للإجراءات المتعلقة بكيفية تسليم المولود الذي يسلم إلى دويه في يوم ميلاده، أو في أقرب وقت ممكن إذا كان من الضروري إخضاعه لفحوص طبية.

وبمجرد أن يسلم المولود للزوجين لا يمكن للأم البديلة أن تطالبهما بأية حقوق تتعلق بالطفل كما يتوجب عليها المحافظة على سرية العملية، وتنفيذ مقتضيات العقد بما يتماشى ومصالح الزوجين.

تجدر في الأخير الإشارة أنه إذا توفي أحد الزوجين قبل أن يسلم المولود لهما، فإنه يسلم للطرف الآخر، وإذا توفيا معا يتم تسليمه للموصى له، إذا لم يوجد يسلم لمن هو أقرب إليه درجة[1].

2- التزامات المستجن لهما

إلى جانب إلتزامات الأم الحامل بالإنابة، توجد إلتزامات أخرى تقابلها تقع على عاتق المستجن لهما أي الزوجين غير القادرين على الإنجاب يمكن حصرها فيما يلي:

* المحافظة على سرية العملية إذا طلبت ذلك الأم الحامل بالإنابة.

* التحمل بالمصاريف والنفقات المالية اللازمة لإتمام الحمل، ومن أمثلها:أن يتحمل بدفع المصاريف الناجمة عن إجراء الفحوص والتحاليل الطبية على الأم البديلة قبل إجراء العملية وأثناء مراحل الحمل، وكذلك دفع أتعاب الطبيب المكلف بالعملية وتوفير كل نفقات الغذاء والمسكن إلى غاية الوضع، مع التكفل بمستلزمات المرحلة التي تلي عملية الولادة والمحددة بثمانية أسابيع [2].

* التعويض عن الأضرار التي تلحق الأم البديلة أثناء فترة الحمل خاصة إذا تعرضت للإجهاض غير الإرادي [3].

1- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق ، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999 ، ع.04، ص. 55.

2- أنظر، العربي الشحط عبد القادر ، المرجع السابق ، ص. 76.

3- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق ، م.ج.ع.ق.إ.س. 1999 ، ع.04، ص. 55.

* تسلم المولود والإعتراف به مهما كانت حالته الصحية، ونشير هنا إلى أن تسمية المولود تكون من حق الزوجين.

- الإلتزام بالوفاء بالأجر المتفق عليه للأم البديلة بمجرد إتمام عملية الولادة.

بعد تمييز عقد تأجير الرحم عن غيره من العقود، وتبيان الآثار المترتبة عنه يبقى لنا أن نتساءل عن ما هو الحكم الذي يخضع له إستئجار الرحم؟

الـــفـــرع الـــثـــاني

مدى مشروعية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأمومة البديلة

أبرمت العديد من الإتفاقات بين الأمهات البديلة والمستفيدين من العملية، وما ساعد على رواج هذا الأسلوب من التلقيح ظهور الجمعيات ومكاتب الوساطة. وعلى الرغم من أن هذه التقنية ساعدت على القضاء على مشكلة العقم إلا أنها بالمقابل ساهمت في إثارة العديد من المشاكل القانونية خاصة ما يتعلق بموضوع نسب المولود.

ظهور هذه المشاكل دفع إلى طرح التساؤل حول مدى شرعية الإتفاق المبرم بين الأم البديلة والشخصين غير القادرين على الإنجاب، إلى جانب معرفة مدى شرعية الجمعيات ومكاتب الوساطة. وفي هذا الصدد تدخل كل من الفقه لتبيان موقفه من العمليات(أولا)، والقضاء الفرنسي الذي اضطر إلى مواجهة القضايا المعروضة أمامه والفصل فيها (ثانيا)، لنشير في الأخير إلى تدخل المشرع الفرنسي والجزائري لحسم الموضوع وإزالة التعارض (ثالثا).

أولا: موقف الفقه من عملية التلقيح الإصطناعي عن طريق الأم البديلة

إنقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين مختلفين، فتباينت آراؤهم كل حسب حججه وأسانيده ونستعرض فيما يلي كل موقف على حدى:

1- حجج المؤيدين لهذه التقنية

لا يرى هذا الإتجاه من الفقه مانعا من الإستفادة من عمليات التلقيح الإصطناعي بالإستعانة بأم بديلة، وسندهم في ذلك[1].

* إن هذه العمليات تساعد الزوجين في الحصول على طفل، وتحميهما من نظرة المجتمع السلبية والقاسية باعتبارهما غير قادرين على الإنجاب.

* هذه العملية لا تتنافى مع الأحكام القانونية خاصة إذا تمت عن طريق التبرع ولغاية مساعدة الزوجين. فهي بذلك تكون شأنها شأن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بصفة علنية.

* طالما أن دور الأم البديلة تقتصر على الحمل لمدة محددة، وتبقى الأم الحقيقية للمولود محددة بالأم البيولوجية، فإن ذلك يجعل العملية شرعية وغير مخالفة لمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص.

* لا بد من إباحة هذه الوسيلة من الإنجاب، لأن الأم البديلة تقبل وبإرادتها القيام بدور الحامل ولا يوجد ما يمنعها من استعمال حقها في التصرف في بدنها.

* إن المبلغ الذي تتقاضاه الأم البديلة من الزوجين يعتبر بمثابة تعويض عن حملها نيابة عن الزوجة العقيمة. وهذا ما يجعل العملية بعيدة كل البعد عن المتاجرة غير المشروعة.

* إن الهدف من إنشاء جمعيات الأمومة البديلة يكمن في مساعدة الزوجين، فغرضها التضامن معهما، لا تحقيق الربح، مما يجعل نشاطها شرعيا.

إذا كانت هذه الأسانيد التي تم اعتمادها من أجل إباحة عملية تأجير الرحم، فما هي إذن الحجج المعتمد عليها من قبل المعارضين؟

---

[1]- بشأن هذه المسألة راجع تشوار جيلالي، المرجع السابق ص.115؛ مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 412 وما بعدها؛ العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 89.

2-حجج المعارضين لهذه التقنية

يؤدي الأخذ بالحجج التالية إلى إضفاء عدم الشرعية على موضوع تأجير الرحم[1]:

* تقوم القوانين بالتفرقة بين الأشخاص والأشياء، ولكل منهما نظامه القانوني الخاص به والمستقل، فالأشخاص هم أصحاب الحقوق، أما الأشياء فهي محلا لهذه الحقوق.

وباعتبار أن الرحم من الأعضاء التناسلية للمرأة، فهو جزء لا يتجزأ من جسمها، وبالتالي يخرج عن دائرة التعامل القانوني. وبمعنى آخر، إذا كانت المتاجرة في الأشياء أمرا مباحا فإن المتاجرة في الرحم يعد أمرا غير مشروع لمخالفته للمبدأ القائل أن جسم الإنسان خارج التجارب القانونية. وتعارضه مع المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه:

« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

* هذا الأسلوب من التلقيح يتعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، وطالما أن حالة الشخص هي مركزه القانوني من حيث ثبوت النسب للوالدين وإنكار هذا النسب، فإن الأمومة البديلة تتعارض مع هذا المبدأ لأنها تهدف إلى ولادة طفل تتعارض بنوته الحقيقية مع بنوته البيولوجية، فالأم البديلة تتنازل عن كل حقوقها لصالح الأم المتنازل لها.

* الأمومة البديلة تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري، فالعقد من جهة يجعل المرأة تعرض جسدها بطريقة تتنافى مع كرامة الإنسان، ومن جهة أخرى الأم البديلة لا تكتفي بالتصرف في نفسها، إنما تتصرف أيضا في شخص من الغير ألا وهو المولود الذي سيأتي مستقبلا.

* إن استئجار الرحم يعد منبعا مفسدا لمعنى الأمومة، فصاحبة الرحم تحمل وتلد لتترك المولود لصاحبة البويضة بالرغم من أن رابطة المولود بأمه تكون من ناحيتين: الأولى، رابطة التكوين والوراثة ومنبعها البويضة. الثانية، رابطة الحمل والولادة، منبعها الرحم.

---

[1]- أنظر في هذا الصدد: تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص.113-114؛ مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 413 وما بعدها؛ العربي الشحط، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها؛ مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.س.، ع.04، 1999، ص. 27 وما بعدها؛
- Roberto ANDORNO, op,cit, p.,272 et s.

علما وأنه كما سبقت الإشارة إليه فإنه قد لا تربط المولود بالزوجة العقيمة أي رابطة، إما تكون الأم البديلة هي الأم البيولوجية له بتبرعها بالبويضة والرحم معا ومع ذلك تتنازل عن أمومتها لصالح امرأة أجنبية عن المولود.

* طبقا للقواعد القانونية العامة، لا يمكن لأي شخص أن يتنازل عن حق من حقوقه قبل إنشائه، وفي عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأمومة البديلة تتعهد هذه الأخيرة بالتنازل عن الطفل بعد ولادته وهي بذلك تتنازل عن حقها في المولود قبل أن يولد أصلا.

* إن الأم البديلة حينما تضع جسدها في خدمة آخرين، وتتقاضى مقابلا عن المدة المحددة لإتمام العملية، تقترب من الدعارة كون أن هذه الأخيرة تضع جسمها لصالح من يدفع مقابلا ماديا.

* عملية التلقيح بواسطة الأم البديلة تفقد هذه الأخيرة دورها الطبيعي فتتحول إلى مجرد جهاز مهمته الحمل والولادة.

* هذه الوسيلة من الإنجاب تتضمن إعتداء على الحرية الفردية لاحتوائها على عدة شروط صارمة تتمثل في:

- الإلتزام بإجراء الفحوص الطبية،
- الإلتزام بالتخلي عن المولود بمجرد ولادته حيا.

* اللجوء إلى استئجار الرحم من شأنه أن يتعارض مع المصلحة التي وجد من أجلها وهي علاج عقم المرأة، فقد تلجأ لهذه العملية نساء سليمات قادرات على الإنجاب بسبب توليهن مناصب عليا أو أن طبيعة شغلهن لا تسمح لهن بالحمل والإنجاب. فيتجنبن ذلك حفاظا على رشاقتهن.

* تفتح هذه التقنية للقادرين ماليا باب إستغلال غير القادرين، كما أنها تمكن الأم البديلة من الضغط على الزوجين للحصول على أكبر قدر ممكن من الأموال.

* إن الإلتزام الرئيسي للأم البديلة يتمثل في تسليم المولود بعد الولادة وعلى هذا الأساس يكيف العقد على أنه تنازل عن الطفل، وهذه جريمة يعاقب عليها القانون طبقا للمادة 353-1 من قانون العقوبات الفرنسي.

* هذه التقنية تعد وسيلة للتحايل على القانون المتعلق بالتبني خاصة المادة 1168 فعلى الرغم من أن هذا الأسلوب من التلقيح، ونظام التبني يهدفان إلى جلب طفل أجنبي على الأسرة وإدخاله ضمنها، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما، فالتبني يعد وسيلة قانونية مثلى منظم وفق شروط وإجراءات خاصة. في حين أن التلقيح بواسطة الأم البديلة يفرض على الأب البيولوجي الإعتراف بالمولود كما يفرض على الزوجة إتباع نظام التبني أمام المحكمة حتى يثبت نسبه لها.

* لجوء الزوجين لهذه العملية فيه خرق لحقوق الطفل بمجرد منحه نسب كاذب من جهة الأم، كما قد يرتب آثار وخيمة تنعكس على نفسيته، فالأم التي حملته ووضعته تخلت عنه لصالح امرأة أجنبية عنه إلتزمت بتربيته.

* تعتبر جمعيات الأمومة البديلة غير مشروعة، وذلك لانعدام محلها، فهي تساعد على إبرام وتنفيذ الإتفاقيات التي يكون الهدف منها وضع الأعضاء التناسلية للمرأة تحت تصرف المستفيدين، وكذلك المولود حين ولادته، وهذا يتعارض مع نص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص.

كما أن نشاطها يخلق وضعية التخلي عن المولود، هذا ما يفضي إلى تحويل نظام التبني عن هدفه الرئيسي والمتمثل في منح عائلة طفل هو محروم منها. مع العلم وكما سبقت الإشارة إليه، فإن فكرة التنازل عن المولود معاقب عليها قانونا، فقد نصت المادة 353-1 فقرة 02 من قانون العقوبات الفرنسي على ما يلي:

« Sera puni de dix jours à six mois d'emprisonnement et de 500 F à 10 000F d'amende ».

« Toute Personne qui aura fait souscrire ou tenté de faire souscrire par les futurs parents ou l'un d'eux, un acte aux termes duquel ils s'engagent à abandonner l'enfant à naître, qui aura détenu un tel acte, en aura fait usage ou tenté d'en faire usage »

من خلال اطلاعنا على هذه الحجج والأسانيد يتضح لنا أن أنصار هذه العملية يبررون موقفهم بالاستناد على حجة أنها وسيلة للقضاء على المشاكل القائمة بين الزوجين بسبب عدم الإنجاب والتي قد تكون سببا في فك الرابطة الزوجية، متجاهلين بذلك مراعاة ما قد تخلفه العملية من آثار سلبية وما قد ينجم عنها من مشاكل عويصة. زيادة على ذلك فإن المقابل المالي الذي تتقاضاه الأم البديلة لا يمكن تبريره على أنه تعويض مقابل حملها، فهذا الربح في حد ذاته يجعل العقد غير مشروع لأن الطفل يعد خارجا عن دائرة التعامل التجاري، وإن القول بعكس ذلك سيؤدي إلى جعل الأشخاص عبارة عن أشياء يجوز التصرف فيها بالأموال.

من هنا نلاحظ أن المؤيدين لهذا النوع من التلقيح قدموا حججا جد ضعيفة وغير منطقية، هذا على خلاف الإتجاه المعارض الذي دعم موقفه بأسانيد جد قوية وأبرز ما تمثله هذه العملية من تعدي على كرامة الأم البديلة وانتهاكا صريحا لحقوق الطفل.

الحقيقة أن هذا الإتجاه أصاب في موقفه، فالإتفاق الرامي إلى الإستعانة بالأم البديلة يحمل في طياته عدة شروط اعتدائية على الحرية الفردية، نذكر على سبيل المثال: منع الأم الحمالة من ممارسة العلاقات الجنسية مع زوجها وقت التلقيح، وكذا إلتزامها بإجراء العديد من الفحوص الطبية وقد تضطر إلى الإجهاض في حالة إصابة المولود بالأمراض الخطيرة. والأبشع في هذا كله أنها تتخلى عن فلذة كبدها[1].

ونحن بدورنا نؤيد الإتجاه الثاني ونؤكد على ضرورة عدم إضفاء الشرعية على أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، فحتى وإن كان هذا الأسلوب سبيلا ناجعا للقضاء على مشكلة العقم وحاجزا أمام فك الرابطة الزوجية، فإنه بالمقابل وكما يقول الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي "يعد سبيلا ناجعا لغير الزوجين وللمرأة الواحدة غير المتزوجة وللواطين وللسحاقين"[2] . إضافة إلى ما يترتب عنه من مشاكل و آثار وخيمة يصعب إيجاد حلول لها.

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.116.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.110.

ثانيا: موقف القضاء من عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة

جاء موقف القضاء الفرنسي معارضا لعملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة ويتضح ذلك من خلال القضية التي عرضت على محكمة Pau، والتي تتلخص وقائعها في كون السيدة "Elizabeth" التي تعاني من إصابتها بالعقم حالت دون تحقيق رغبتها في الإنجاب، قررت اللجوء إلى أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، وبعد أن تطوعت امرأة أجنبية ببويضتها التي تم تخصيبها بمني زوج العقيمة، ورحمها لينمو الجنين ويتغذى منه، ولدت طفلة، تم تسجيلها تحت اسم والدها البيولوجي دون ذكر اسم والدتها البيولوجية، ومن أجل ضم هذه الطفلة لأسرة الزوجة العقيمة رفعت هذه الأخيرة دعوى أمام محكمة Pau تطالب من خلالها إفادتها بنظام التبني.

إلا أن هذه المحكمة أصدرت حكمها بتاريخ 09 أكتوبر 1990 قضى برفض طلب الزوجة العقيمة بحجة أن الإتفاق الذي أبرم بينها وبين الأم البديلة يعد باطلا لمخالفته للنظام العام وتعارضه مع مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص.وهو الأمر الذي دفع بها إلى استئناف الحكم أمام محكمة استئناف Pau، وقد دعمت طلبها بالإستناد على حجة أن محل الإتفاق لا يتعارض مع النظام العام ولا مع المبادئ القانونية وكما أضافت أنه من مصلحة المولود أن يترعرع في كنف أسرة متكونة من أب وأم، وما دام أنه في قضية الحال الوالد موجود، فلابد من تمكينها من إتمام إجراءات التبني حتى لا تحرم الطفلة من حنان الأمومة. وإلى جانب ذلك طالبت بتطبيق المادة 08 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على ضرورة التكفل بالطفل منذ ولادته مهما كانت ظروف حمله وولادته.

ولكن بالرغم من هذه الأسانيد، أيدت محكمة إستئناف Pau الحكم المستأنف فيه في شقه الأول بالقول أن الإتفاق المبرم بين الطرفين يعتبر باطلا، مستندة في ذلك على المادة 353 فقرة 01 من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص على معاقبة كل شخص يتنازل أو يتخلى عن المولود بالسجن من 10 أيام إلى 06 أشهر وغرامة مالية تتراوح ما بين 500 إلى 10000 فرنك فرنسي.

ومع أنها قضت ببطلان الإتفاق إلا أنها سمحت للزوجة العقيمة بأن تتبع إجراءات التبني لتتمكن من تربية ورعاية الطفلة، مستندة في ذلك على حجة أن الزوجة العقيمة تتوافر في طلبها الشروط المتطلبة للتبني والمنصوص عليها طبقا للمواد 343، 343- 1، 344، و345 من القانون المدني. كما أنها راعت مصلحة المولود خاصة وأن فرنسا وقعت بتاريخ 26 جانفي 1990 على الإتفاقية الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل.

وخلاصة القول، أصدرت محكمة استئناف Pau بتاريخ 19 فبراير 1991 قرارا يقضي بتأييد الحكم المستأنف في شقه الأول المتمثل في اعتبار الإتفاق المبرم بين الطرفين باطلا، وإلغائه في شقه الثاني حيث أفادت المدعية بنظام التبني.

وفي نفس السياق، قضت محكمة استئناف Poitiers بتاريخ 22 جانفي 1992، ببطلان الإتفاق الذي يكون الهدف من ورائه تحقيق الحمل بواسطة الأم البديلة، وذلك نظرا لتعارضه مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التصرف في حالة الأشخاص[1].

وإلى جانب ذلك، اعتبر القضاء الفرنسي نشاط جمعيات الأمومة البديلة نشاطا غير شرعي في القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 13 ديسمبر 1989 في قضية تتلخص وقائعها في أن السيد النائب العام تقدم بدعوى ضد مدير جمعية "Alma Mater" المتخصصة في البحث عن الأمهات البديلة وربط العلاقة بينهن وبين غير القادرين على الإنجاب مطالبا الحكم بحل هذه

---

[1]- تتلخص وقائع القضية في كون سيدة متزوجة مصابة بحالة العقم قررت بالإتفاق مع زوجها الإستعانة بأم بديلة فلقحت بويضة هذه الأخيرة بمني زوج العقيمة، وزرعت بعدها في رحمها، لتولد على إثر ذلك الطفلة Solène بتاريخ 17 نوفمبر 1985.

. وبتاريخ 16-06-1986 عبرت الزوجة العقيمة عن رغبتها في تبني الطفلة.ولكن قبل البدء في الإجراءات نشب نزاع بينها وبين زوجها، فغادرت المسكن الزوجي آخذة معها الطفلة.

بعد ذلك رفعت دعوى تطالب فيها المحكمة بتطليقها من زوجها مع إفادتها بالتبني الكامل، غير أن المحكمة أصدرت حكما قضى بتطليق الزوجة، لكنها رفضت إفادتها بالتبني الكامل، الأمر الذي دفع بالسيدة إلى استئناف الحكم أمام محكمة استئناف Poitiers، هذه الأخيرة أصدرت قرارا يقضي بإفادة الزوجة العقيمة بالتبني البسيط وليس الكامل، وحجتها في ذلك أنه من واجب المجتمع أن يحمي الطفل ضد الأخطاء التي يرتكبها الكبار،وفي قضية الحال يبقى التبني البسيط هو الحل لحماية الطفلة Solène التي تعيش منذ ولادتها مع زوجة أبيها، وإن القول بخلاف ذلك سيحرم هذه الزوجة من كل حقوقها على الطفلة بينما يحافظ الزوج على ممارسة حقه كأب طبيعي.

هذا وأكدت محكمة النقض أن أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة غير شرعي، وكل اتفاق بشأنه يعد باطلا بطلانا مطلقا لتعارضه مع مبدأ حرمة الجسد البشري ومبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص، وقد استندت محكمة النقض على المواد 6، 1128، 353، 361 من القانون المدني.

وبالرغم من بطلان الاتفاق إلا أن المحكمة رتبت الآثار القانونية عليه بحجة مصلحة الطفل، ووفقا لما أقرت به المواثيق الدولية.

استنادا عليه, أيدت قرار محكمة الإستئناف حيث أفادت الزوجة العقيمة بالتبني البسيط الذي اعتبرته وسيلة تمكن الزوجين من استقبال طفل.

الجمعية باستناده على أن نشاطها غير مشروع لمخالفته للنظام العام والآداب العامة. أما الجمعية فقد تمسكت بحجة أن هدفها هو مساعدة الغير والقضاء على المشاكل التي يثيرها العقم.

وبعد اطلاعها على كافة الحجج أصدرت محكمة مرسيليا حكما يقضي بحل الجمعية لعدم مشروعية نشاطها. فقررت الجمعية إستئناف هذا الحكم، وقد تمسك النائب العام بطلباته أمام محكمة أول درجة، كما أضاف أن هذا الأسلوب الذي تساهم الجمعية في تحقيقه يخالف المواد 1128، 311، و372 من القانون المدني كونه يؤدي إلى ولادة طفل يوضع تحت اسم الأب البيولوجي دون ذكر اسم والدته البيولوجية لحين إتمام إجراء التبني من قبل الزوجة العقيمة، بالمقابل أكدت الجمعية أن هدفها شرعي وغير مناف للآداب لأنه يحقق هدف إنساني لاتجاري.

وقضت محكمة إستئناف Aix-en-Provence بتاريخ 29 أفريل 1988 بتأييد الحكم المستأنف فيه والقاضي بحل الجمعية تطبيقا للمادة 03 من قانون 01 جويلية 1901. وعلى إثر ذلك طعنت الجمعية بالنقض ضد هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية، والتي أيدت القرار المطعون فيه بتاريخ 13 ديسمبر 1989 بحجة أن جمعيات الأمومة البديلة تعتبر باطلة بسبب عدم مشروعية محلها، فهي تضع من جهة الأعضاء المنتجة للأم البديلة تحت تصرف المستفيدين. ومن جهة أخرى تهدف إلى منح الطفل نسبا يتعارض مع حقيقة أبوته البيولوجية وهذا يتعارض مع مبدأ حرمة الجسد البشري وعدم جواز التصرف في حالة الأشخاص.وأضافت أن نشاط الجمعية يساهم في تحقيق ما يعرف بالتنازل عن المولود وهذا منافي للقانون.كما أنه يمثل تحايلا على نظام التبني عن طريق المساس بهدفه الحقيقي الذي يكمن في منح عائلة مولود هو محروم منها[1].

ثالثا: موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة:

نتيجة للتعارض في الأحكام القضائية تدخل المشرع الفرنسي لحسم هذا الموضوع ويتبين موقفه بالرجوع إلى قانون 94-653 الصادر في 29جويلية 1994، فقد نصت المادة 16 من القانون

[1]-Cf. T.G.I. de Marseille, 16/12/1987, Gaz.Pal.1988, 1, 96 ; C.A. d'Aix-en-Provence, 29/04/1988, J.C.P 1989, II, 21191, note P.Pédrot ; C. Cass. 1ère ch. civ, 13/12/1989, Bull. civ. I, n.387, P.260, cité par Patrick Nicoleau, op.cit., p.138.

المدني الفرنسي على احترام حرمة الإنسان وعدم التعرض لها منذ بدء الحياة إذ جاء فيها على أن:

« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

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

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

ومن جهتها أعطت المادة 16- 2 من نفس القانون للقاضي صلاحية استخدام جميع الوسائل الخاصة لمنع المساس غير المشروع على الجسد البشري، حيث جاء فيها:

« Le juge peut prescrire toutes mesures propre à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci »

.

هذا وإن جميع الإتفاقيات التي يكون الغرض منها منح قيمة مالية للجسد البشري أو حتى أعضائه ومكوناته، تعد باطلة حسب نص المادة 16- 5 من نفس القانون.

« Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».

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

«Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

مما سبق نستخلص أن الجزاء المدني الذي وقعه المشرع على تأجير الرحم هو اعتبار الإتفاق باطلا بطلانا مطلقا. ليس هذا فحسب، فإلى جانب النص على العقوبة المدنية، قرر المشرع الفرنسي عقوبة جزائية نصت عليها المادة 227- 12 من قانون العقوبات وذلك بالقول:

« Le fait de provoquer soit dans un but lucratif soit pars don promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né au à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 50000 F.F d'amende ».

« Le fait dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'apporter un enfant parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 10000 F d'amende ».

« Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées en double ».

« La tentative des infractions prévues par le deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

إن نص المادة أعلاه، جاء في فقرته الأولى والثانية معاقبة كل من يتخلى عن المولود لتحقيق أغراض مادية، أما فقرته الثالثة فهي المتعلقة بموضوع إيجار الرحم وكما هو مبين فإن كل اتفاق يهدف إلى إجارة الرحم دون الحصول على مقابل مادي تكون عقوبته الحبس لمدة سنة وغرامة مالية قدرت بـــ 000 100 فرنك فرنسي، هذا وتضاعف العقوبة في حالة الإتفاق على إيجار الرحم مقابل كسب مادي.

وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي نص على عقوبة مدنية وأخرى جزائية، إلا أنه تعرض للنقد لسببين:

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

وإذا تفهم النقاد عدم تسليط العقوبة الجزائية على المستفيدين والأم البديلة كون أن الحاجة هي التي دفعت بها إلى اللجوء لهذا الأسلوب، فإنهم لم يتفهموا سبب استبعاد توقيع الجزاء على الطبيب خاصة وأنه يمكن اعتباره وسيطا في العملية، شأنه شأن المكاتب وجمعيات الأمومة البديلة، فلأي سبب ينفد من العقاب[1] ؟

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

[1] - Cf. Roberto ANDORNO,op.cit.,p.274.

وعلى غرار المشرع الفرنسي، فإن المشرع الجزائري وحين نصه على موضوع التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة أقر بصراحة منع اللجوء لهذا الأخير باستعمال الأم البديلة[1].

لكنه وعلى خلافه، لم يقم بإقرار عقوبة مدنية أو جزائية على الإتفاق الذي يرمي إلى إيجار الرحم الأمر الذي يثير عدة تساؤلات ومشاكل قانونية فالمنع الذي ورد في قانون الأسرة لا يكفي لإيقاف الأشخاص من اللجوء لهذا الأسلوب فلا بد من أن يصاحبه الطابع الردعي الذي من شأنه إخافتهم والحيلولة دون تنفيذ وإجراء مثل هذه العمليات. ومع أن المشرع نص على معاقبة اللاجئين لهذه التقنية من خلال مشروع قانون الصحة العامة إلا أنه تخلى عن النص عن ذلك حين نظم مسألة التلقيح الإصطناعي[2].

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

[1] - أنظر، المادة 45 مكرر فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة التي نصت على أنه:" لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة".

[2] - L'art. 434 al. 03 de l'avant projet sanitaire dispose que : " sont interdits, sous peine de sanction pénale : le don d'embryons surnuméraires ou non à une mère porteuse ou adoptive même entre sœurs ou mère et filles".

الفصل الثاني

المشاكل القانونية

الناجمة عن

التلقيح الإصطناعي

حقق التطور العلمي في حقل التلقيح الإصطناعي نجاحا باهرا، إذ قضى على العديد من المشاكل التي يثيرها العقم، وحقق سعادة الزوجين في الحصول على مولود، ولهذا شهد إقبال وإعجاب غير القادرين على الإنجاب، وكان محط إهتمام وسائل الإعلام.

إلا أن ذلك لم يدم طويلا، فسرعان ما إنعكست أثاره على الساحة القانونية لتطرح على رجال القانون بصفة عامة والقضاء بصفة خاصة، مجموعة هائلة ومعقدة من المشاكل الطبية، والأخلاقية، والدينية، والقانونية التي تطلبت إيجاد حلول لها.

عندما يتعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي بين الزوجين، فإن المشاكل لا تطرح، بإستثناء الحالة التي يرفض فيها أحدهما اللجوء إليه مما يدفع بالتساؤل حول معرفة ما إذا كان يحق لقرينه طلب فك الرابطة الزوجية، والحالة التي تطلب فيها الزوجة تلقيحها بمني زوجها المتوفى عنها فيولد المولود وينجم عن ذلك مشكلة تحديد نسبه خصوصا وأن مدة الحمل بعد الوفاة المحددة قانونا لا تتماشى مع هذا الأسلوب، فهل يعتبر الطفل هنا إبنا غير شرعي بالرغم من حقيقته البيولوجية؟

المشاكل تزداد صعوبة وتعقيدا عندما يتدخل طرف أجنبي عن العلاقة، قد يكون المتبرع وقد تكون مستأجرة الرحم، فإذا تدخل المتبرع يثار التساؤل عما إذا كانت الزوجة مرتكبة لجريمة الزنا. وماذا عن نفسية الزوج التي قد تتأثر نتيجة هدا الأسلوب فتنعكس عليه وعلى زوجته والمولود أيضا؟ وإذا تدخلت الأم الحمالة، فقد تكون محلا للمشاكل، وذلك بسبب إستغلال الطبقة الغنية لها نظرا لضعف مستواها المادي، الإجتماعي والتعليمي.كما قد تكون هي نفسها سببا في إثارة المشاكل متى إستغلت رغبة الزوجين الشديدة في الحصول على المولود، لتطالب بمبالغ خيالية، ومتى رفضت تسليم المولود لهما، فيحال النزاع على القضاء الذي يجد نفسه مضطرا للإختيار بين تغليب مبدأ الأمومة يسري بالوضع، أو تغليب معيار مصلحة المولود.

كما هو معلوم، تتم عملية التلقيح الإصطناعي تحت إشراف الطبيب، وهذا الأخير من شأنه أن يثير عدة مشاكل إذا لم يحترم سر مهنته، أو لم يراع الشروط المنصوص عليها قانونا، أو

في حالة إستعماله طرق خداع وغش. أمام كل هذا يثار التساؤل عن مدى مسؤوليته، وعن طبيعة التزامه؟

بدورها مراكز إنشاء حفظ وتجميد السائل المنوي، أثارت هي الأخرى المشاكل والتساؤلات إرتبطت خصوصا بمصير البويضات المخصبة، هل يتم إهدارها؟ ألا يعتبر ذلك تعديا على مبدأ الحق في الحياة؟ وأهم جدل أثير بشأنها كان يتعلق بمدى إمكانية إجراء الأبحاث العلمية عليها، مع العلم أن التوسع فيها يؤدي إلى ظهور خطر الاستنساخ البشري. إضافة إلى ذلك وقعت هذه المراكز في مشكلة تبديل المني التي أدت إلى إختلاط الأنساب.

من خلال ما تقدم ذكره، نستخلص أن الإنجاب الإصطناعي لا يتطلب تدخل الزوجين فقط كما هو الحال بالنسبة للإنجاب الطبيعي، إنما يستدعي تدخل الطبيب من أول مراحله إلى نهايته. وفي حالات أخرى يستدعي تدخل الغير من أجل تبرع وتدخل الأم البديلة إلى مراكز حفظ السائل المنوي.

كل هؤلاء الأشخاص يعتبرون مساهمين في عملية التلقيح الإصطناعي وتنشأ بينهما علاقات يمكن تصنيفها إلى صنفين علاقة طبية حينما يكون طرفا فيها الطبيب أو المركز، وعلاقة غير طبية وهي تلك العلاقة القائمة بين المستفيدين والمتبرعين أو الأم البديلة. وإن هذه العلاقات طبية كانت أو غير طبية وإن اجتمعت جميعها من أجل تحقيق هدف واحد يتمثل في إنجاح عملية التلقيح الإصطناعي لتكلل بولادة الطفل، إلا أنها ساهمت في إثارة العديد من المشاكل العويصة (المبحث الأول).

بالرغم من هذه المشاكل الناجمة عن تدخل الأشخاص المساهمين في عملية التلقيح الإصطناعي، إلا أن النتيجة تبقى واحدة في جميع الأحوال والتي تتمثل في حصول القادرين على الإنجاب على المولود الذي طالما رغبا في إنجابه، وهذا ما يرفع إلى التساؤل عما إذا كانت ولادة الطفل تعني وقفا لهذه المشاكل؟

الإجابة بطبيعة الحال تكون بالنفي، فالمشاكل الناجمة عن التلقيح الإصطناعي يمتد أثرها حتى بعد ولادة المولود وأكبر مشكل يثار هنا هو تحديد نسبه خاصة عند سكوت التشريعات عن تنظيم هذه المسألة.

فالتلقيح الإصطناعي، خاصة إذا كان عن طريق تدخل الغير سيربط الطفل بعلاقة وهو الأمر الذي يفسد معنى الأبوة أحيانا (التبرع) ، ومعنى الأمومة في أحيان أخرى (إستجار الرحم)، فيجد المشرع والقاضي صعوبة تكمن في تغليب الرابطة البيولوجية أم مراعاة مصلحة المولود. ولا يقف الإشكال هنا، فقد ينكر الأب أبوة الطفل، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن الطرق الممكن اللجوء إليها لإثبات هذا النسب.

ومما تقدم نستخلص أن المشاكل لا تثار فحسب عند تنفيذ العملية وإنما تمتد إلى ما بعد ولادة المولود (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المشاكل القانونية الناجمة عن تدخل الأشخاص المساهمين في عملية التلقيح الإصطناعي

بعدما كان الأمر مقتصرا في الإنجاب الطبيعي على تدخل الزوجين فقط لتحقيق الحمل، أصبح الأمر مختلفا بظهور التلقيح الإصطناعي، فإذا تعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي بين الزوجين فهذا يعني تدخل الزوجين وإلى جانبها يتطلب تدخل الطبيب من أجل مراقبة التقنية والإشراف عليها من بدايتها إلى حين تحقق الحمل والولادة.

أما إذا تعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي بواسطة تدخل الغير سواء كان المتبرع أو الأم البديلة، فهذا يعني مساهمة عدة أشخاص لنجاح العملية. فإلى جانب الزوجين والطبيب يتدخل المتبرع الذي بدونه لا يقضى على حالة عقر الزوج. وكذلك تدخل الأم البديلة في حالة عقم المرأة أو

عدم قدرتها على الحمل. وفوق كل هذا نشهد تدخل المركز الذي يلعب دورا هاما في مجال التلقيح الإصطناعي.

إن مساهمة هؤلاء الأشخاص في عملية التلقيح الإصطناعي يقتضي دخولهم في علاقات متعددة وروابط ذات طبيعة مختلفة، إذ أنه يمكن التمييز هنا كما قلناه آنفا[1] بين نوعين من العلاقات، علاقة طبية تجمع الطبيب المختص بإجراء عملية التلقيح الإصطناعي والطرف الآخر البعيد عن الميدان الطبي، قد يكون المستفيدين و قد يكون معهما المتبرع أو الأم البديلة.وقد تجمع بين المركز والمستفيدين أو المتبرعين. إن هذه العلاقة الطبية تؤدي غالبا إلى إثارة العديد من المشاكل القانونية سواء كان مسببها الرئيسي الطبيب أو كان المركز (المطلب الأول) .

إلى جانب العلاقة الطبية الذي يكون طرفا فيها الطبيب أو المركز تنشأ علاقة أخرى غير طبية وتكون هذه الأخيرة إما بين المستفيدين والمتبرع أو بينهما وبين الأم البديلة، كأن يلتزم الأب بدفع المبلغ للأم البديلة وهذه الأخيرة تلتزم بتسليم المولود بعد ولادته. فهذه العلاقة تعتبر غير طبية لعدم تدخل الطبيب أو المركز فيها ومع ذلك فإن هذه العلاقات غير الطبية هي الأخرى خلقت العديد من المشاكل التي صعب على القضاء حلها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المشاكل القانونية الناجمة عن العلاقة الطبية

إن التلقيح الإصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي، وأساليبه المتعددة والمختلفة، يستدعي تدخل الطبيب من أول مرحلة إلى غاية المرحلة الأخيرة ألا وهي إتمام الولادة.

كل هذه المراحل المختلفة للتدخل الطبي تؤدي إلى إقحام الطبيب في علاقات سواء بإرادته الحرة أو رغما عنه نظرا لطبيعة مهمته الإنسانية. وبهذا تنشأ بينه وبين المستفيدين، أو بينه وبين المتبرعين علاقة تكيف على أنها عقد علاج طبي، إذ يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة وتقديم

[1]- أنظر مقدمة هذا الفصل، ص.135.

جميع وسائل العلاج الضرورية لشفاء مريضه أو على الأقل التخفيف من آلامه. وبالمقابل يلتزم المستفيد من العلاج بدفع المصاريف المتفق عليها للطبيب.

لحد الآن يبدو الأمر عاديا ومنطقيا، ولا يطرح أي تعقيدات أو صعوبات. غير أن الوضع يختلف لما يتجاوز الطبيب حدود وظيفته. فهنا يقع الإشكال، إذ يترتب على عدم احترامه للشروط المنصوص عليها قانونا، وكذا استعماله طرقا احتيالية من أجل تنفيذ العملية ظهور مشاكل قانونية تنجم عليها المسؤولية المدنية والجزائية (الفرع الأول).

عنصر ثان لعب دورا هاما في بلورة وتطوير تقنيات التلقيح الإصطناعي، يتمثل في مركز حفظ وتجميد السائل المنوي. تدخل هذا الأخير يؤدي إلى قيام علاقات ذات طابع طبي بينه وبين من يلجأ إليه لإيداع عينات من سائله المنوي سواء تعلق الأمر بالزوجين أو الأشخاص الراغبين في التبرع.

على الرغم من أن هذه المراكز قدمت مساعدات كثيرة في مجال التلقيح الإصطناعي، إلا أن تدخلها أثار العديد من المشاكل القانونية العويصة، ورتب آثار وخيمة لا يحمد عقباها. فالعلاقة القائمة بينها وبين الزوجين قد تدفع بالمركز إلى التواطؤ معهما من أجل اختيار أو تحسين الجنس. كما أن علاقته مع المتبرعين تقتضي حفظ الحيوانات المنوية الذكرية أو الأنثوية لتسليمها وقت الحاجة إليهم. لكن هذا الحفظ قد يؤدي إلى الخلط في هذه العينات فتترتب عن ذلك نتيجة حتمية خطيرة ألا وهي اختلاط الأنساب.

فوق كل هذا، فإن تدخل المركز قد يؤدي إلى انتقال الأمراض الوراثية الخطيرة بسبب الإهمال وعدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة.إن هذه التجاوزات المرتكبة من قبل المركز والخارجة عن ساحة العلاج الطبي تؤدي إلى طرح مشاكل قانونية وتساؤلات عديدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المشاكل القانونية الناجمة عن تدخل الطبيب

ساهم الطبيب في إنجاح العديد من عمليات التلقيح الإصطناعي، وفي إكتشاف كل مرة أسلوب جديد يمكن من القضاء على مشكلة العقم. وعلى الرغم من الدور الفعال الذي يؤديه إلا أن ذلك لا يعني أن تدخله لا يثير المشاكل القانونية، والتساؤلات التي يصعب إيجاد حل لها.

في هذا الصدد، ونظرا لاستحالة حصر جميع هذه المشاكل، نوجز أهمها وأكثرها تعقيدا، إبتداء من صعوبة تحديد طبيعة التزام الطبيب (أولا)، مرورا بالآثار المترتبة عن عدم مراعاته للشروط المنصوص عليها قانونا (ثانيا)، وصولا في الأخير إلى استخدامه طرق إحتيالية لتنفيذ عملية التلقيح الإصطناعي وما ينجم عن هذا الغش والخداع من مشاكل (ثالثا).

أولا: طبيعة إلتزام الطبيب

الأصل هو أن يلتزم الطبيب ببذل عناية، ومعنى ذلك أن الطبيب مطالب بأن يضع في خدمة مريضه الوسائل التي يملكها وأن يقدم له أفضل ما لديه وكل ما يستطيع من أجل شفائه وبهذا هو لا يلتزم بتحقيق هدف محدد إنما يتعهد بمحاولة تحقيقه[1]. نتيجة لذلك يقع على المريض عند تقرير مسؤولية الطبيب عبء إثبات أن خطأ هذا الأخير تسبب له في الضرر ولا يمكنه مساءلته على عدم شفائه لأن الطبيب مسؤول عما يستعمله من وسائل العلاج وعن نتائج تقصيره في واجباته سواء كان ذلك بسبب عدم الإحتياط أو الإهمال أو الجهل بالأشياء[2].

أما الإستثناء فيتمثل في إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة، وهذه الأخيرة قد يتعهد بها بموجب العقد أو قد تحددها طبيعة الخدمة. ويبرز هذا الإلتزام خاصة في الجراحة التجميلية وتركيب الأسنان ونقل الدم وإجراء التحاليل الدموية وغيرها[3].

---

[1]- أنظر، صالح جميل، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، موسوعة الفكر القانوني، بدون سند الطبع، ج.1، ص.77.

[2]- أنظر، بداوي علي، الإلتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، بدون سند الطبع، ج.1، ص.31-32.

[3]- أنظر، صالح جميل، المرجع السابق، موسوعة الفكر القانوني،، بدون سند الطبع، ج.1، ص.78.

يستفاد مما تقدم أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية المهارة في المعرفة الطبية مع العناية اللازمة وليست مسؤولية شفاء ولذلك يكيف إلتزام الطبيب على أنه إلتزام ببذل عناية. فهل تطبق هذه القاعدة في مجال التلقيح الإصطناعي؟ بمعنى أدق هل الطبيب المكلف بإجراء عملية التلقيح الإصطناعي ملزم ببدل عناية أم أنه ملزم بتحقيق نتيجة؟

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي تحديد ما هو العلاج الذي يتطلبه التلقيح الإصطناعي؟

إن العلاج في مجال التلقيح الإصطناعي يتمثل في تخليق كائن بشري، وبالتالي إذا قلنا بأن الطبيب يتوجب عليه فعل كل ما باستطاعته من أجل ولادة الطفل نكون أمام إلتزام ببذل عناية. أما إذا قلنا بأن الطبيب عليه بذل كل ما في وسعه من أجل ولادة طفل كامل لا يحمل أية تشوهات أو أمراض وراثية خطيرة نكون أمام إلتزام بتحقيق نتيجة[1].

إن التسليم بفكرة أن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة يعني أنه يعتبر مسؤولا في حالة ولادة طفل مصاب بأمراض وعاهات وراثية، أو في حالة عدم نجاح العملية. فهل هذا يعتبر منطقيا؟

إن هذا القول لا يعتبر منطقيا لأن التسليم بذلك سيجعل مهمة الطبيب تتحول من معالجة المصاب بالعقم إلى معالجة المولود.

استنادا لذلك نتوصل إلى أن إلتزام الطبيب في مجال التلقيح الإصطناعي هو إلتزام ببذل عناية لإستعماله جميع الوسائل التي تضمن نجاح العملية. ولكن يظهر من خلال هذا الإلتزام إرادة بتحقيق نتيجة وذلك لكونه يسعى إلى الحصول على مولود خال من الأمراض والعاهات الوراثية الخطيرة[2].

فإلى أي مدى يؤدي إكتشاف الأمراض الوراثية إلى استبعاد عملية التلقيح الإصطناعي؟

[1]- Cf. Jean MICHAUD, Aspect juridique de la responsabilité médicale et institutionnelle, l'heure du doute, insémination artificielle: Enjeux et problème éthique, éd. John LIBBEY, 1994, p.221.
[2]- Cf. Jacques WEIL, Responsabilité médicale et institutionnelle, l'heure du doute, insémination artificielle: Enjeux et problème éthique, éd. John LIBBEY, 1994, p.197.

إذا تم اكتشاف مرض وراثي على درجة كبيرة من الخطورة هنا تستبعد العملية تماما. أما إدا كان المرض لا يشكل أية خطورة فلا مانع من إجرائها، لأن إقصاءها في كل مرة سيؤدي إلى زوال تقنية التلقيح الإصطناعي[1].

وهل تنعقد المسؤولية عند ولادة طفل يحمل عاهات أو أمراض وراثية خطيرة؟

إذا تم إجراء الفحوصات اللازمة ومع ذلك ولد الطفل مصابا فإن المسؤولية لا تنعقد، أما إذا تم إهمال القيام بها فهنا ينبغي تحديد من المسؤول، هل هو الطبيب الذي يقوم بزرع اللقيحة؟ أم البيولوجي الذي يحدث التلقيح؟ أم كلاهما معا؟

في غياب نصوص قانونية تنظم هذه المسألة تبقى هذه التساؤلات مطروحة[2].

إذا كان الأصل أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية مع أنه يحمل في طياته إرادة بتحقيق نتيجة، أين يمكن إيجاد الإستثناء؟

في مجال إختيار المتبرع لإجراء عملية تلقيح إصطناعي بمني الغير يظهر الإلتزام بتحقيق نتيجة، فالطبيب هنا ملزم بإختيار شخص خال من الأمراض الوراثية الخطيرة ليتفادى إنتقالها إلى المولود[3].

ثانيا: المشاكل الناجمة عن عدم احترام الشروط المنصوص عليها قانونا

أحاط كل من المشرعين الفرنسي والجزائري مسألة اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بجملة من الشروط يجب على المستفيدين والأطباء مراعاتها واحترامها، وإن الخروج عنها قد يؤدي إلى إثارة مشاكل قانونية يكون الأطراف في غنى عنها. أضف إلى ذلك أنها تؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية والجزائية في جانب الطبيب.

[1]- Cf. Jean MICHAUD, op.cit., p.222.
[2]-Cf. Simone NOVAES, Responsabilité médicale, l'heure du doute, insémination artificielle: Enjeux et problème éthique, éd. John LIBBEY, 1994, pp.213 et s.
[3]- Cf. Jean- Louis BAUDOUIN et Catherine LABRUSSE- RIOU, op.cit., p.58.

أ- تخلف الغرض العلاجي

سواء تعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي الداخلي أو الخارجي، يشترط أن يتم اللجوء إليه من أجل القضاء على مشكلة العقم، أو تفادي انتقال الأمراض الوراثية الخطيرة. ويعتبر هذا الشرط من بين أحد الشروط الأساسية لإباحة العمل الطبي.

إن تخلف هذا الضابط العلاجي، سيؤدي بلا شك إلى قيام المسؤولية الجزائية للطبيب[1]، كما أنه سيثير عدة مشاكل قانونية. فعدم قيام قصد العلاج سيدفع بغير المتزوجين إلى اللجوء لهذه الوسيلة وفي هذا مساس بالنظام العام والآداب العامة، وتعدي على النصوص المنظمة لقواعد النسب. إضافة إلى ذلك، سيولد الرغبة في نفسية المتزوجين القادرين على الإنجاب، والذين لا يعانون من أية موانع تحول دون تحقيق رغبتهما في الحصول على مولود لخضوعهم لتجربة التلقيح الإصطناعي.

من ناحية أخرى، سيؤدي تخلف الغرض العلاجي إلى فتح باب واسع للمتاجرة بالبويضات المخصبة واستعمالها لتحقيق أغراض تجارية أو صناعية. ولذلك نص المشرع الفرنسي على حظر هذا العمل بموجب المادة 152-7 من قانون الصحة العامة التي جاء فيها:

« Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles ».

و لم يكتف المشرع بالنص على هذا المنع، إنما فرض عقوبة جزائية توقع على كل من يخالف المادة المذكورة أعلاه. تتجلى هذه العقوبة من خلال نص المادة 152-15 من قانون الصحة العامة صيغت على النحو التالي:

« ... le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 Fr. d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales »

[1]- فقد نص المشرع بموجب المادة 152-14 من ق.ص.ع.ف. على معاقبة كل شخص قام بإجراء عمليات التلقيح الإصطناعي في غياب الغرض العلاجي، إذ نصت على:

« Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L.152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 FR d'amende »

ليس هذا فحسب، فقد أثار أسلوب التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب جدلا كبيرا تمثل في مدى إمكانية إجراء أبحاث علمية على البويضات المخصبة التي لم تعد محلا لمشروع أبوي، وهل تطور الطب يعتبر مبررا لإباحة هذه الأبحاث بالرغم من عدم قيام القصد العلاجي؟

حاول الفقه الفرنسي الإجابة عن هذا التساؤل قبل صدور قانون 27 جويلية 1994، بالرجوع إلى قانون 20 ديسمبر 1988 المتضمن حماية الأشخاص الخاضعين للأبحاث الطبية. غير أنه لم يتوصل إلى إيجاد حل لهذا الإشكال. فالمادة 209-4 من قانون 1988 كانت تنص على حماية البويضات المخصبة داخل الرحم بعدم إجراء الأبحاث العلمية عليها. في حين أنه لم يتضمن أي نص بخصوص الأبحاث الطبية حول البويضات المخصبة داخل الأنبوب. وعلى هذا الأساس ارتأى الفقه تفادي إجراء مثل هذه الأبحاث على هذه الأخيرة وذلك لتخلف الغرض العلاجي ولعدم إثارة مشاكل أخرى[1].

ومن جهته أكد المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 1994، على مبدأ عدم جواز الإحتفاظ بالبويضات المخصبة داخل الأنبوب من أجل إجراء دراسات، أبحاث أو تجارب عليها. غير أنه إستثناءا يمكن أن تجرى على هذه البويضات دراسات شريطة أن يعبر عن ذلك الزوجان معا وكتابيا برضاهما الحر والصريح ، وأن يكون هدف هذه الأبحاث تحقيق غاية طبية وألا تشكل إعتداء على البويضات المخصبة. وكشرط أخير لا تجرى هذه الأبحاث إلا بعد موافقة اللجنة ومراعاة الشروط المنصوص عليها في مرسوم صادر عن مجلس الدولة[2].

وفي حالة مخالفة ما هو مذكور أعلاه، يتم توقيع العقوبة المنصوص عليها بالمادة 152-17 من قانون الصحة العامة القائلة:

« ... le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins de recherches ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 Fr. d'amende ».

ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن موقف المشرع هذا تعرض لعدة إنتقادات، إذ أن عدة مؤسسات دعت إلى إزالة المنع المتعلق بإجراء الأبحاث العلمية على البويضات المخصبة داخل الأنبوب، نذكر منها خاصة اللجنة الوطنية للأخلاق التي عبرت من خلال رأيها الإستشاري

[1]- Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.177.
[2]- Cf. Art. 152-8 du c.s.p.

الصادر بتاريخ 11 مارس 1997 عن موافقتها بالسماح بإجراء البحوث على البويضات المخصبة، وجاء ذلك على النحو التالي:

« Compte tenu des importantes perspectives dans les recherches thérapeutiques ouvertes par l'établissement de lignées de cellules et à partir de blastocytes humains obtenus par fécondation in vitro et cultivés in vitro, des disposions nouvelles prises dans le cadre de la révision de la loi devraient permettre de modifier l'interdiction résultant de l'article 152-8 du code de la santé publique. Dans ce but, seuls pourraient être utilisés à des fins de recherches les embryons congelés provenant de dons des couples qui, par consentement écrit ont abandonné leur projet parental et décident de l'arrêt de la conservation »[1].

إلى جانبها، أعلنت أكاديمية الطب من خلال رأيها الصادر بتاريخ 23 جوان 1998 عن عدم معارضتها لفكرة إجراء الأبحاث والدراسات العلمية شريطة أن يكون الهدف من ورائها تحسين وتطوير أساليب التلقيح الإصطناعي، وذلك بقولها:

« Il apparaît nécessaire de reconnaître que pour l'embryon, comme tout autre âge de la vie, la recherche sur le processus de fécondation, de cryoconservation et d'importation de l'embryon est un devoir médical, c'est une condition nécessaire à l'amélioration des thérapeutiques, la recherche sur l'animal est certes utile mais du fait des spécificités de l'embryon humain, elle ne peut dispenser d'une recherche sur des embryons humains, comme pour le sujet adulte, cette recherche doit ne plus être limitée au seul bénéfice direct mais être possible dans une finalité de bénéfice indirect. La recherche sur l'embryon humain est capable d'améliorer le pronostic des fécondations extracorporelles en permettant la reconnaissance des embryons porteur d'anomalies létales, ainsi pourrait être diminué le nombre d'embryons implantés et donc le nombre de grossesses multiples dont on sait le danger pour la mère et les enfants… »[2].

هذا وقد دعت اللجنة الوطنية الإستشارية لحقوق الإنسان المشرع الفرنسي إلى ضرورة تعديل النصوص القانونية الواردة في قانون 1994، وذلك من خلال رأيها الإستشاري الذي صدر بتاريخ 02 جويلية 1999 واحتوى على:

« La nécessité de mettre au point les thérapeutiques embryonnaires et fœtales requiert des expérimentations…, les études devraient êtres autorisées dans le cas ou la recherche se justifierait par une finalité médicale et éthiquement défendable…, telles études devraient être conduites sur des embryons surnuméraires qui ne répondent plus à un projet parental et n'ont pas fait l'objet d'un don à un couple stérile, soit sur les embryons excédentaires congelés non réclamés au terme du délai légal de cryoconservation…, des dispositions devraient être prises pour encadrer les études et les recherches afin d'éviter toute dérive… »[3].

[1] - Cf.Conseil d'Etat, op.cit., p.25.
[2] - Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.25.
[3] - Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.26.

من جهته، صرح الإتحاد الوطني للجمعيات العائلية بتاريخ جانفي 1999 بإمكانية إجراء الأبحاث على البويضات المخصبة داخل الأنبوب، لكن متى توافرت شروطه المتمثلة في القيام بهذه الأبحاث للوصول إلى أهداف طبية، وأن تجري فقط على البويضات المجمدة التي بقيت دون مشروع أبوي، وأخيرا لابد من حصول رضا أصحابها.

أخيرا، إقترح مجلس الدولة الفرنسي على المشرع أن يبيح إجراء هذه الأبحاث ولكنه علق ذلك على شروط تعد أكثر صرامة من سابقتها، إذ ينبغي اقتصار الدراسات على البويضات المخصبة التي لم تعد محلا لمشروع أبوي أو تلك التي لم يتم استقبالها من قبل غير القادرين على الإنجاب، وأيضا على البويضات التي فقدت قدرتها على الزرع داخل الرحم[1].

كان لهذه الآراء تأثير على موقف المشرع الفرنسي إذ بصدور قانون 06 أوت 2004، عدل عن موقفه الذي تبناه سنة 1994، ففتح المجال لإجراء البحوث العلمية على البويضات المخصبة وعلق ذلك على الشروط التي اقترحها مجلس الدولة خاصة، وهو ما يستفاد من نص المادة 2151-5 من قانون الصحة العامة.

لم يعالج المشرع الجزائري مسألة إجراء التجارب على البويضات المخصبة، لكن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي لا يعارض على ذلك بشرط أن تستعمل لتحقيق أغراض علمية[2]. منها مثلا معرفة التكوينات المبكرة في النطفة الأمشاج وما بعدها من مراحل جنينية أولى، أو استخدامها في زراعة الأعضاء، فإذا ما زرعت الأنسجة المأخوذة من أجنة عمرها شهران أو ثلاثة أشهر في أجسام مواليد يعانون من نقص شديد في المناعة، فإن هذه التقنية تمدهم بفرصة للشفاء[3].

وفي حال السماح بذلك سيطرح السؤال: إلى أي وقت يسمح بهذه التجارب؟ هل إلى اليوم الرابع عشر أين تكون البداية الأولى لتكون الجهاز العصبي؟ أم نرجئه إلى حدود الأربعين

---

[1] - Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.26.

[2]- أنظر، البار محمد علي، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، بحث مقدم للدورة الثالثة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالأردن بتاريخ 1407/02/08 ه، م.المجمع، 1408ه-1987م، ج.1، ع.3، ص.461-468.

[3]- أنظر، السقا السيد سلامة، زرع الأ جنة إلى أين؟، منار الإسلام، جويلية 1984، ع.10،ص.34.

حيث تكون النطفة الأمشاج قد تخلقت كائنا حيا؟ أم يسمح بإجراء هذه التجارب لمدة أطول تنتهي ببداية نفخ الروح[1]؟

من أجل ذلك يتعين على المشرع الجزائري أن يتدخل لتبيان موقفه من مسألة إجراء الأبحاث العلمية على البويضات المخصبة وإذا كان الأمر جائزا فإلى أي وقت يسمح بها؟

وفي نفس السياق، طرحت مسألة البويضات المخصبة داخل الأنبوب مشكلة إجراء الأبحاث والدراسات العلمية عليها بالرغم من غياب الغرض العلاجي، وهذه المشكلة أدت إلى ظهور مشكلة أكبر تمثلت في أن التوسع في هذه الأبحاث أدى إلى ظهور خطر الإستنساخ البشري[2].

هذه المشكلة الشائكة تصدت لها عدة منظمات دولية نذكر منها المنظمة العالمية للصحة التي جاءت في قرارها الصادر بتاريخ 14 ماي 1997 أن التوالد بواسطة استنساخ الكائنات البشرية أمر غير مقبول أخلاقيا ويشكل انتهاكا لحرمة الحياة البشرية، كما أنه يشكل انتهاكا لبعض المبادئ التي تنظم مسائل التناسل[3].

إلى جانبها أدان البرلمان الأوروبي بتاريخ 12 مارس 1997 تقنية الإستنساخ البشري وأيده في ذلك المجلس الأوروبي إذ تبنى بروتوكولا تم إضافته إلى اتفاقية "OVIEDO"[4] يمنع إجراء عملية يكون الهدف من ورائها خلق كائن بشري يحمل نفس الصفات الوراثية لكائن بشري آخر سواء كان ميتا أو على قيد الحياة[5].

هذا، وقد نصت المادة من الإعلان العالمي حول الجينوم البشري "Génome" على منع الإستنساخ البشري لتعارضه مع كرامة الإنسان.

---

[1]- أنظر، صادق زوزو فريدة، وسائل الإنجاب الإصطناعية والحاجة إلى توجيه البحث العلمي فيها بالنظر المقاصدي، موجودة على موقع الإنترنيت: www.lahaonline.com

[2]- Cf. Catherine LABRUSSE-RIOU et Florence BELLIVIER, Les droits de l'embryon et du foeufus en droit privé, études de droit contemporain, Rev. int. dr. comp., 2002, n°.2, pp.598.599.

[3]- أنظر، تشوارجيلالي، المرجع السابق، ص.126.

[4]- Cf. Convention d'Oviedo, convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 4 Mars 1997.

[5]- Cf. Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, Paris, 12 Janvier 1998.

والواقع، فقانون 27 جويلية 1994 لم يتضمن نصا صريحا يمنع الاستنساخ، لكن يمكن استنتاج حظره ضمنيا من نص المادة 16-4 فقرة 01 من قانون المدني بقولها:

« Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine ».

ومما لا شك فيه أن الإستنساخ البشري يتضمن إعتداء على كرامة ونزاهة الكائن البشري، مع ذلك يبقى هذا النص غير كافيا ومبهما. لهذا اقترح مجلس الدولة الفرنسي على المشرع أن يضيف إلى إحدى المواد التي تضمنها القانون المدني كالمادة 16-4 العبارة التالية:

« Toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant ou de faire développer un humain dont le génome serait identique à celui d'un autre être humain vivant ou décédé »

إضافة هذه الفقرة إلى النصوص القانونية من شأنها أن تضع حدا للجدل القانوني القائم حول مسألة التلقيح الإصطناعي، مع ضرورة أن يصاحبه الطابع الردعي.

إذا سكت المشرع عن معالجة هذه المسألة حين صدور قانون 1994 فإنه تصدى لها بصدور قانون 06 أوت 2004، حيث منع كل محاولة للإستنساخ البشري طبقا لنص المادة 2151-3 من قانون الصحة العمومية، وفرض عقوبة على ذلك بناء على نص المادة 511-18 من قانون العقوبات،كما أنه نص على عدم جواز الإستنساخ حتى وإن كانت الأغراض طبية، وهو ما تضمنته المادة 2151- 4 من قانون الصحة العمومية ويعاقب على اللجوء إليه بالسجن لمدة سبع سنوات وغرامة تقدر بمائة ألف أورو استنادا لنص المادة 511-18-1 من قانون العقوبات.

أما بشأن القانون الجزائري، نجد أنه سكت عن معالجة هذه المسألة ولعل السبب راجع إلى حداثة نشأتها، لكن سكوته هذا لا يعني مطلقا إباحة الإستنساخ البشري وذلك لما ينطوي عنه من مخاطر وآثار وخيمة تعود على الشخص المستنسخ والمجتمع بأسره[1].

يمكن استخلاص المنع القطعي لهذه التجربة والتقنية الحديثة للإنجاب بالرجوع إلى المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في جويلية 1992 المتضمن قانون أخلاقيات الطب[2]، الذي نص في الفقرة

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.125.

[2]- أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413، الموافق ل 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر. رقم 52، الصادرة بتاريخ 08 جويلية 1992.

الثانية من المادة السادسة على أنه " يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان". ومن جهتها نصت المادة 35 من نفس المرسوم على أنه " لا يمكن ممارسة عمليات أخذ الأعضاء إلا حسب الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون"[1].

بالرغم من أنه يمكن استنتاج حظر هذه الوسيلة الحديثة للإنجاب من المواد المذكورة أعلاه، إلا أنه يتعين على المشرع الجزائري التدخل لسن نصوص تنص صراحة على المنع المطلق للإستنساخ البشري مع ترتيب عقوبة جزائية على كل شخص يلجأ أو يساهم في تنفيذ هذا النوع، وبهذا يواكب التطور في مجال الاكتشافات الحديثة العلوم الطبية والبيولوجية[2].

إستنادا لما تقدم ذكره، ولحل الجدل القائم حول مسألة الإستنساخ البشري عمدت القوانين العربية والغربية إلى حظر هذا الأسلوب وذلك لما ينجم عنه من أضرار. فهو من جهة يخرق القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بنيت عليها الأبوة والأمومة. ومن جهة أخرى، يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وفوق كل هذا يترتب عليه ضعف الكائن البشري مع إصابته بمجموعة من الأمراض، وتحطيم المادة الوراثية، وتكرار الإجهاض لأسباب علمية، وتهديد وإلغاء الشخصية[3].

خلاصة القول، لا يوجد ما يمنع من إجراء الأبحاث والدراسات على البويضات المخصبة داخل الأنبوب شريطة أن يتم ذلك من أجل تحقيق أغراض طبية علاجية ووضع الشروط اللازمة لمنع تعرض سلامة جسم الإنسان لأي ضرر. غير أنه لا يجب التوسع في هذه الأبحاث تحت ستار تطور رسالة الطب، فمصلحة الأسرة تقتضي عدم تخويل الطبيب حق البحث عن

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.125؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003 ،ع.01، ص. 52.

[2]- نشير في هذا الصدد إلى أن مجمع الفقه الإسلامي عرف الإستنساخ في القرار رقم 10.3/110د على أنه:" توليد كائن حي أو أكثر، إما بنقل النواة من خلية جسدية إلى بيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء".

وقد نص القرار في البند الأول منه على تحريم الإستنساخ البشري. ونص البند الرابع على أنه يجوز شرعا الأخذ بتقنيات الإستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد. أما البند التاسع فقد ركز على تأصيل التعامل مع المستجدات العلمية بنظرة إسلامية، وتجنب توظيفها بما يناقض الإسلام، وعلى نوعية الرأي العام للتثبت قبل اتخاذ أي موقف. حول هذا الموضوع أنظر، القرار رقم 10د/3/110 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في الفترة ما بين 28جوان و3 جويلية1997.

[3]- أنظر،تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 133.

الإكتشافات السلبية من حيث الآثار التي ترتبها لأن في ذلك هدم للأسرة التي هي أساس لحياة المجتمع[1].

ب- تخلف شرط الرضا

اشترط كل من المشرع الفرنسي والجزائري على الراغبين في اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أن يعبرا صراحة عن رضاهما سواء تم ذلك عن طريق كتابة أو أمام القاضي أو الموثق[2].

المشكل يثار عندما يتم تنفيذ عملية التلقيح الإصطناعي دون توافر شرط الرضا، فهل تقوم مسؤولية الطبيب في هذه الحالة؟

إذا رجعنا إلى القانون الفرنسي نجد أن المشرع حسم المسألة فبعدما اشترط وجوب توافر الرضا نص على عقوبة توقع على كل من يخالف هذا الشرط وبالتالي يسأل الطبيب طبقا للمادة 511-6 من قانون العقوبات إذ نصت على أنه:

« Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 Fr d'amende ».

المشكل يطرح بالنسبة للقانون الجزائري، إذ أن المشرع اشترط شرط الرضا لكنه لم يحدد العقوبة الواجب تطبيقها في حالة تخلفه، وهنا يثار التساؤل: على أي أساس يسأل الطبيب؟

إذا كنا أمام إجراء عملية التلقيح الإصطناعي دون موافقة الزوج. فهذا يعني أن الزوجة استعملت طرق الخداع والغش من أجل الحصول على مولود ومثل هذا الفعل يبرر الطلاق من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان الطبيب على علم فإن المسؤولية المدنية تقوم إلى جانبه إذ يسأل عن الأضرار المادية والمعنوية التي ألحقها بالزوج.

[1]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.436 ؛تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 132.

[2]- أنظر، المادة 152-2 ف. 3 من ق.ص.ع.ف.، والمادة 311-20 من ق.م.ف.، والمادة 45 مكرر من ق.أ.ج.

تتعقد الأمور أكثر في الحالة التي تنفذ فيها عملية التلقيح الإصطناعي على الزوجة دون رضاها فهنا وفي غياب نص تشريعي خاص يجرم هذا الفعل، يقتضي الحال الرجوع إلى قانون العقوبات ومحاولة إيجاد النصوص التجريمية التي تتماشى مع الحالة المعروضة أمامنا[1].

* جريمة الفعل العلني المخل بالحياء

يقصد بالفعل العلني المخل بالحياء، كل فعل يقع على ما يعتبر عورة في جسم الإنسان وموضعة عفة وحشمة، على مرأى ومسمع شخص أو عدة أشخاص، ويخدش عاطفة الشعور العام بالحياء[2].

نص المشرع الجزائري على جريمة هذا الفعل بموجب المادة 333 الفقرة الأولى من قانون العقوبات جاء فيها:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دج كل من ارتكب فعلا علانيا مخلا بالحياء".

* جريمة الفعل المخل بالحياء

الفعل المخل بالحياء هو كل فعل مناف للآداب ومخل للحياء، يمكن أن يصل إلى حد العبث بجسم المعتدى عليها وعرضها.

نص المشرع على جريمة هذا الفعل من خلال المادة 334 من قانون العقوبات حيث نصت على أنه:" يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكتمل السادسة عشر من عمره ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك.

ويعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات أحد الأصول الذي يرتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر ولو تجاوز السادسة عشر من عمره و لم يصبح بعد راشدا بالزواج".

[1]- لمزيد من التفاصيل حول هذه الجرائم، أنظر، مكرلوف وهيبة، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003، ص.69 وما بعدها.

[2]- أنظر، سعد عبد العزيز، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص. 11.

هذا ونصت المادة 335 من نفس القانون على أنه:" يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك.

وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشر يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة".

* جريمة هتك العرض

نكون أمام هذا الفعل عندما يتصل الرجل مع المرأة اتصالا جنسيا دون رضاها. وعاقب المشرع هذا الفعل بناءا على المادة 336 من قانون العقوبات التي نصت على أنه:"كل من ارتكب جناية هتك العرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشر فتكون عقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

بعد عرض الأفعال الثلاثة، إذا حاولنا ربطها مع حالة التلقيح الإصطناعي دون رضا الزوجة نجد أن الفعل المخل بالحياء يعتبر أكثر قربا وتماشيا مع هذه الحالة وذلك أن الطبيب لما يلقح الزوجة اصطناعيا دون رضاها سيؤدي ذلك إلى كشف عورتها وملامستها بما يخدش حياءها، وبهذا يسأل الطبيب على أساس جريمة الفعل المخل بالحياء ويعاقب طبقا لنص المادة 335 الفقرة الأولى قانون العقوبات، علما أن مسؤوليته تبقى قائمة حتى لو تمت العملية برضا زوجها لأن العبرة برضاها دون سواها، وإذا كان الطبيب فاعلا للجريمة، فإن الزوج يسأل هو الآخر على أنه شريكا فيها.

أما بالنسبة لجريمة هتك العرض ومسألة التلقيح الإصطناعي دون رضا الزوجة نجد أنها لا تتماشى وإياها كون أن هذه الجريمة كما سبق الذكر تشترط الإتصال الجنسي وهذا ركن منعدم في حالة التلقيح الإصطناعي لهذا لا يسأل الطبيب على أساس هذه الجريمة.

أخيرا بخصوص الفعل العلني المخل بالحياء، هو الآخر لا ينطبق على الحالة التي نحن بصددها ذلك أن الطبيب حين إجرائه للعملية يقوم بها بحضور الزوج فقط دون عامة الناس.

ختاما، نقول أنه حتى لا ينفذ الطبيب من العقاب، يمكن تسليط العقوبة الواردة بنص المادة 335 الفقرة الأولى من قانون العقوبات، لكن يبقى ضروريا تدخل المشرع من أجل سد الفراغ التشريعي ووضع نص خاص يجرم فعل إجراء العملية في حالة غياب الرضا وهذا تفاديا لأي إشكال، وحتى لا يبقى القاضي في حيرة من أمره إذا وضع أمام الخيار بين النصوص في حالة ما إذا عرضت عليه قضية من هذا النوع، وحتى لا تتضارب الأحكام القضائية.

ج- إفشاء السر الطبي[1]

السر واجب قانوني يلتزم به فئة من الناس تقتضي مهنتهم أن يطلعوا على معلومات أو يفضي إليهم أسرار أثناء ممارسة مهنتهم مما ينبغي أن يبقى مكتوما لأن كشفه يهدم الثقة[2].
وباعتبار أن الطبيب يطلع على خصوصيات مرضاه، وتنكشف أمامه الكثير من القضايا والمعلومات، فإنه ينبغي أن يكتم تلك الأسرار ويجعلها في طي الكتمان، وذلك من أجل المحافظة على الرابطة أو العلاقة المتينة التي نشأت بينه وبين المريض بمقتضى العقد الطبي. غير أنه إذا أخل الطبيب بسر المهنة يكون مسؤولا جزائيا عن ذلك، كون أن إفشاء السر يعد فعلا اتجهت أغلب التشريعات إلى تجريمه ومنها التشريع الفرنسي الذي جرم هذا الفعل بموجب المادة 387 من قانون العقوبات.

أما التشريع الجزائري فقد جرم هذا الفعل بموجب المادة 301 من قانون العقوبات التي جاء فيها:"يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو

---

[1]- أنظر، مكرلوف وهيبة ، المرجع السابق، ص.87 وما بعدها.

[2]- إلى جانب قانون العقوبات، نص المشرع الجزائري على السر المهني، بمقتضى المادة 206 المعدلة من قانون رقم 85-5 المؤرخ في 26 جمادى الأول 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. رقم 35؛ وكذلك أنظر، المواد من 36 إلى 41 من مدونة أخلاقيات الطب.

المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك".

من خلال الفقرة أعلاه يتضح أن مشرعنا اعتبر جريمة إفشاء السر المهني جنحة، إلا أنه لم ينص لا هو ولا المشرع الفرنسي على عقوبة توقع في حالة إفشاء الطبيب السر المتعلق بإجراء عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج. لهذا لابد من تطبيق المواد المذكورة أعلاه، ذلك لأنه حتى وإن تعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي فإن العلاقة تنشأ بين الطبيب والمستفيدين وهي علاقة علاج طبي وهذا يجعل الطبيب أو البيولوجي ملتزما بكتمان السر المهني.

ولكن، نظرا لخطورة عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير وما تثيره من مشاكل قانونية فرض المشرع احترام مبدأ السرية وأقر إلى جانبها عقوبة توقع على كل من يقوم بالكشف عن هوية المتبرع أو المستفيدين، إذ نصت المادة 675-11 من قانون الصحة العامة على أنه:

« Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait de gamètes, et le couple qui les a reçu est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000F d'amende » .

نلاحظ أن المشرع الفرنسي أقر عقوبة لإفشاء السر المهني المتعلق بإجراء عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير بنص خاص، وذلك حماية لأمن الأسرة واستقرارها. فلو افترضنا أن الطبيب كشف عن هوية المستفيدين للمتبرع، فقد يمكن ذلك هذا الأخير من إثارة المشاكل في المستقبل والمطالبة بحق الأبوة اتجاه المولود.

أما المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة وذلك لأنه في الأصل يمنع اللجوء لهذا الأسلوب من التلقيح مما ينتفي معه مشكلة إفشاء السر المهني المتعلق بالتلقيح الإصطناعي بمني غير الزوج. ومع ذلك يبقى التساؤل مطروحا، هل القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات تعتبر كافية للقضاء والحد من المشاكل التي تثيرها صور التلقيح الإصطناعي، أم يعتبر ضروريا التدخل لسن قوانين ونصوص خاصة تنظم هذه المسألة تنظيما دقيقا؟

نرى أنه من الضروري أن يتدخل المشرع لسن نصوص قانونية تنظم مسألة التلقيح الإصطناعي، وهذا حتى لا تقف النصوص السابقة عاجزة أمام التطور السريع الذي تعرفه هذه التقنية.

ثالثا: الغش الطبي

من المشاكل الشائكة والعويصة التي يثيرها التلقيح الإصطناعي أيضا، نجد لجوء الزوج الذي يعاني من مشكلة العقم لاستعمال طرق احتيالية ليتم تلقيح زوجته بغير سائله المنوي، إذ قد يحصل الزوج على السائل المنوي لرجل آخر ويوهم زوجته بأنه سائله المنوي، علما أن العملية قد تتم بعلم الطبيب أو بدون علمه. والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد، هل يعتبر الطبيب مسؤولا في حالة مساعدة الزوج على بلوغ هدفه ؟ (أ)، وهل يحق أن تخضع الزوجة لعملية الإجهاض؟ (ب).

1- مسؤولية الطبيب

لا يخلو الأمر هنا من حالتين، فقد يجري الطبيب عملية للزوجة معتقدا أنه قام بتلقيحها بمني زوجها وهنا تنعدم المسؤولية في حقه لجهله الحقيقة، وقد يجري لها العملية بعد أن يوهمها أن السائل المنوي هو لزوجها، وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية في جانبه لكونه تواطأ مع الزوج واستعمل طرقا احتيالية لتلقيح الزوجة دون علمها ورضاها، ومما لا شك فيه أن الزوج يسأل في كلتا الحالتين.

تطبيقا للقانون الفرنسي يمكن معاقبة الطبيب في هذه الحالة على أساس المادة 675-9 من قانون الصحة العامة التي نصت على:

« ... le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amande ».

أما تطبيقا للقانون الجزائري فإنه يمكن مساءلة الطبيب هنا عن جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف المعاقب عليها بالمادة 335 الفقرة الأولى من قانون العقوبات، فيعاقب الطبيب بمقتضاها بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات[1].

ننوه في هذا الصدد أن التلقيح الذي يتم بنطفة غير الزوج يعتبر غير جائز شرعا وقانونا، إضافة على أنه يمس بالنظام الأسري ويهدد مصلحة المجتمع. لهذه الأسباب يتعين لزاما على

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.69.

المشرع الجزائري أن يتدخل لتجريم هذه الأفعال بنصوص خاصة تتضمن معاقبة الطبيب وكل من يشارك في إنجاح هذا النوع من التلقيح.

إذا كان تحديد مسؤولية الطبيب يطرح إشكالا، فإن اكتشاف الزوجة بأنها لقحت بمني رجل أجنبي عنها يطرح مشكلة أكبر خاصة وأن العملية تكون قد نفذت والجنين أصبح أمرا واقعا.

2- الحق في الإجهاض

بطبيعة الحال معرفة الزوجة أن زوجها قد استعمل طرقا احتيالية لإيهامها وحملها على إجراء العملية يخلق مشاكل كبيرة بين الزوجين، ويؤثر في نفسية الزوجة إلى حد يدفعها بالتفكير جديا في إجهاض الجنين، وهنا يثار التساؤل هل يسمح لها القانون بوضع حد لحملها؟

رجوعنا إلى القانون 17 جانفي 1975 المتعلق بالقطع الإرادي للحمل "L'interruption volontaire de grossesse " يتضح أن المشرع الفرنسي نص بموجب المادة الأولى منه على أن القانون يضمن احترام كل كائن بشري منذ بدأ حياته. ويبدو لنا لأول وهلة في تفحص هذه الفقرة أن مسألة الإجهاض ممنوعة منعا باتا وذلك إحتراما لمبدأ الحق في الحياة.

لكن إن كان هذا هو المبدأ العام، فإن المشرع نص على استثناء أورده بمقتضى الفقرة الثانية من نفس المادة التي أباحت إجهاض هذا الكائن البشري إذا دعت الضرورة إلى ذلك. فمتى نكون أمام حالة الضرورة؟

الإجابة عن هذا السؤال جاء بها القانون ذاته، حيث سمح بموجبه المشرع بالقطع الإرادي للحمل في حالتين:

الحالة الأولى: مفادها أنه يتم السماح للمرأة بالإجهاض في أي مرحلة من مراحل الحمل وذلك إذا تبين بعد إخضاعها للفحوص الطبية أن استمرار الحمل سيشكل خطورة كبيرة على حياتها[1]

[1] -Cf. Emmanuelle DHONTE – ISNARD, L'embryon in vitro et le droit, éd. Harmattan, Paris, 2004, p.180.

الحالة الثانية: إذا شكل الحمل ضيق"détresse"، ولكن في هذه الحالة اشترط المشرع أن تخضع المرأة لعملية الإجهاض قبل انقضاء مدة اثني عشرة أسبوعا من حملها[1]، ومنح لها هذا الأجل من أجل إعطائها فرصة للتفكير جديا في طلبها لعلها تتراجع عنه.

في قضية الحال، أي تلقيح المرأة بمني غير زوجها دون علمها، الحمل لا يشكل خطرا على حياة الأم و إنما يجعلها في حالة ضيق، ولتفادي ما قد يثيره هذا الحمل من آثار نفسية وخيمة، يسمح لها بالإجهاض على أساس المادة 162-1 من قانون الصحة العامة.

وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 نوفمبر 2001 بالتعويض بسبب الخطأ الطبي إذ أنها في قضية Lionel، اعتبرت أن عدم إعلام الطبيب بنتائج الفحص الطبي قد حرم المرأة الحامل من اللجوء إلى القطع الإرادي للحمل[2].

وبهذا نجد أن حتى القضاء الفرنسي يعترف بحق المرأة في الإجهاض. غير أنه من يقلب النظر في القانون الجزائري يجد أن المشرع اعتبر أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير غير مشروع، وعليه لا يحق للطبيب إجراءه مهما كانت الظروف.

لكن لو افترضنا أن العملية تمت فعلا دون علم الزوجة، فإن الطبيب يسأل جنائيا على أساس المسؤولية العمدية لانعدام القصد العلاجي، ومخالفة الفعل للنظام العام والأدب العامة، فحماية الزواج والأسرة والبنوة أمر تقتضيه مصلحة المجتمع[3].

أما المرأة، وعلى خلاف ما هو معمول به في فرنسا لا يحق لها المطالبة بالإجهاض إذا اكتشفت أنها تعرضت لعملية غش وخداع، ذلك أن المشرع الجزائري أباح الإجهاض في المادة 72 من قانون الصحة العامة والمادة 308 من قانون العقوبات، فقط إذا اقتضت الضرورة ذلك. والضرورة طبقا لهذا القانون تتمثل في إنقاذ حياة الأم من الخطر. وبهذا لم ينص مشرعنا على حالة الضيق، كما فعل المشرع الفرنسي.

---

[1]- Le délai de 10 semaines prévu par la loi en 1975, a été porté à 12 semaines par la loi du 4/07/2001, V. Catherine LABRUSSE -RIOU et Florence BELLIVIER, op.cit., p.591.

[2]- أنظر، قرار محكمة النقض الفرنسية،2000/11/17، مقتبس عن ميكالي الهواري، المسؤولية الطبية عن الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، موسوعة الفكر القانوني، ج.1، ص.75.

[3]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.420.

استنادا لذلك، لا نعتقد أن الحمل نتيجة لإستعمال الغش والخداع سيؤدي إلى تعريض حياة الأم للخطر، كما أنه لا يصل إلى درجة فقدانها توازنها الفيزيولوجي والعقلي. فعلى المرأة أن تتحمل حملها بالرغم من أنه سيؤثر على نفسيتها، وذلك لسقوط حقها في الإجهاض بسبب انعدام الشروط المبيحة له.

وعليه إذا أجهضت في هذه الحالة حملها أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1.000 دج[1].

كما يعاقب كل من أجهض امرأة حاملة، أو يفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج[2].

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة[3].

وإذا تبين أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها أعلاه تضاعف عقوبة الحبس وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى[4].

هذا ووسع المشرع الجزائري المجال لمعاقبة الجاني مهما كانت الوسيلة المستعملة إذ عاقب على مجرد التحريض على الإجهاض حتى ولو لم يؤد إلى النتيجة من خلال الدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة[5].

---

[1]- أنظر، المادة 309 من ق.ع.ج.

[2]- أنظر، المادة 304 ف. 01 من ق.ع.ج.

[3]- أنظر، المادة 304 ف. 02 من ق.ع.ج.

[4]- أنظر، المادة 305 من ق.ع.ج.

[5]- أنظر، المادة 310 من ق.ع.ج.

إلى جانب هذه العقوبات، يجوز أيضا الحكم على الأشخاص المحكوم عليهم بالحرمان من ممارسة المهنة وكذا الحكم عليهم بالمنع من الإقامة.

وفوق كل هذا، يتعرضون لاستنكار من السلطات المهنية حيث يتولى المجلس الوطني الجهوي لأخلاقيات الطب التقاضي وممارسة السلطة التأديبية من خلال فروعه النظامية[1].

إن السبب في التشديد من العقوبة على الأشخاص ذوي الإختصاص كالأطباء راجع إلى أن المعلومات التي يدلون بها تسهل ارتكاب جريمة الإجهاض، وهو ما قد يشجع الغير إلى اللجوء إليهم[2].

هذا عن المشاكل القانونية الناجمة عن تدخل الطبيب، فما هي المشاكل التي تثيرها مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي؟

الفرع الثاني

المشاكل القانونية الناجمة

عن إنشاء مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي

أتاحت بنوك المني الفرصة للطب في أن يأخذ نطف الرجل ويحفظها بطريقة فنية متقدمة في التبريد خلال فترة طويلة من الزمن لتلقح بها المرأة اصطناعيا في زمن الإباضة. كما أنها أعطت الفرصة لغير القادرين على الإنجاب الإستفادة من البويضات المخصبة للمتبرعين وذلك عن طريق إعادة التبرع بها لهم.

وإذا كانت هذه البنوك شهدت تطورا ملحوظا، وحققت نجاحا باهرا في مجال التجميد، فإنها بالمقابل أثارت العديد من المشاكل القانونية، على رأسها مطالبة الأرملة مني زوجها المتوفى عنها المحفوظ والمجمد لدى المركز. وما زاد الأمور أكثر تعقيدا هو رفض هذا الأخير منحها عينات السائل المنوي، فوصل في غالب الأحيان الأمر إلى القضاء.

---

[1]- أنظر، المادتان 166 و 169 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

[2]- أنظر، ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص. 73-74.

لم تقف المشاكل عند هذا الحد، فإنشاء هذه المراكز، أدى إلى ظهور مشكلة وصعوبة تحديد الطبيعة القانونية للبويضات المخصبة المودعة لديه (أولا). والأكثر خطورة من ذلك، هي حالة وقوع خطأ علمي غير مقصود ناجم عن تصرف القائمين عن عملية التلقيح الإصطناعي التابعين للمركز، فينجم عنه اختلاط في هذه البويضات المخصبة الذي يؤدي إلى نتيجة حتمية تتمثل في اختلاط الأنساب (ثانيا). كما أنه نتيجة لإهمال المركز وعدم اتخاذه الإحتياطات اللازمة يصاب المني أو البويضات المخصبة بالأمراض الخطيرة كفقدان المناعة، وبتلقيح المرأة العقيمة بها تنتقل الأمراض إليها (ثالثا). وأخيرا، إن التوسع في البحث العلمي دفع بالطب إلى التوصل لإمكانية إجراء عملية الفرز بين الحيوانات المنوية الذكرية والأنثوية فظهرت مشكلة اختيار الجنس وتحسين النسل (رابعا).

أولا: صعوبة تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة

في السابق، كان يطرح التساؤل حول ما إذا كانت البويضات المخصبة داخل الرحم تتمتع بالشخصية القانونية، وأثير الإشكال حول مدى حقه في مواصلة نموه لحين الولادة[1]. وقد أجاب القانون الفرنسي الصادر في 17 جانفي 1975 عن هذه الإشكالية إذ نصت المادة الأولى منه على:

« La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ».

وبهذا فإن القوانين كانت تضمن احترام وحماية الكائن البشري ضد أي اعتداء عليه، فيكون لهذه البويضات المخصبة الحق في مواصلة نموها بشكل طبيعي استنادا لمبدأ الحق في الحياة، و لكن استثناء وفي محاولة لوضع توازن بين هذا الحق وما قد تشكله هذه الوضعية من ضيق أو خطر على صحة الأم والجنين، سمح القانون للمرأة بالإجهاض متى تبين أن ذلك يشكل خطورة على حياتها أو يؤدي إلى ولادة الطفل مصابا بأمراض خطيرة هذا من جهة. ومن جهة أخرى، كانت تعترف للجنين بشخصية محدودة لحين ولادته أي أن الشخصية تثبت له كاملة شريطة أن يولد حيا.

[1]- Cf. René FRYDMAN, L'embryon cet inconnu, les procréations médicalement assistées : Vingt ans après, éd. Jacob ODILE, p.217.

غير أنه، وبعد اكتشاف أساليب التلقيح الإصطناعي، خاصة أسلوب التلقيح داخل الأنبوب. تغير طرح الإشكال ليصبح ما هو الوضع القانوني للبويضات المخصبة داخل الأنبوب؟

رجال القانون وفي محاولة منهم لتحديد هذا الوضع القانوني توصلوا إلى تقديم حلول وآراء مختلفة، ذهب الاتجاه الأول صاحب نظرية الخيال la doctrine de la fiction والذي يتزعمه " Xavier Labbée"إلى القول أن الإعتراف للبويضات المخصبة بالشخصية القانونية يعتبر وهم وخيال، وأن هذه الأخيرة ليست سوى مجرد أشياء محمية "Choses protégées"[1].

في حين تبنى الاتجاه الثاني نظرية الشخصية المشروطة "Personnalité Conditionnelle"، ومفادها أن البويضات المخصبة تتمتع بشخصية قانونية لكن هذه الأخيرة محدودة وتصبح كاملة شريطة أن يولد الجنين حيا وقابلا للحياة، وفي هذا الصدد يقول" Jean Mazeaud" أن الشخصية القانونية تثبت للكائن البشري منذ الحمل غير أنها تبقى معلقة لحين ولادته حيا ويسانده في الرأي "Philippe Salvage" الذي اعتبر أن الشخصية القانونية للكائن البشري يمكن أن تكون موجودة قبل ولادته، تظهر وتبرز عند الحمل، ومع ذلك فإنها مشروطة ولا تصبح مؤكدة إلا بعد ولادة الطفل حيا وقابلا للحياة[2].

ومن جهته، أكد السيد "Guy Raymond"على أن البويضات المخصبة لا تمثل سوى شخصية قانونية غير كاملة ومعلقة على شروط[3].

أما الاتجاه الأخير، وهو صاحب نظرية الشخصية الحالية "Personnalité Actuelle "، تزعمه "Gérard Memeteau"، الذي يرى أن اشتراط ولادة الطفل حيا وقابلا للحياة من أجل الإعتراف له بالشخصية القانونية يعتبر أمرا غير منطقي، لأن هناك حقوق معترف بها للمولود حتى وهو مجرد بويضة مخصبة[4].

---

[1] - Cf. Xavier LABBEE, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Lille, P.U. de Lille, 1990, p.128.

[2]- Cf. Philipe SALVAGE, La viabilité de l'enfant nouveau-né, R.T.D.Civ, 1976. p.726.

[3]- Cf. Guy RAYMOND, Le statut juridique de l'embryon humain. Sur http://perso-wanadoo.fr.

[4]- Cf. Gérard MEMETEAU, Le prélèvement à fins thérapeutiques sur fœtus de lege ferenda, Gaz. Pal, 1983, p.132, cité par Roberto ANDORNO, op.cit., p.152.

في هذا السياق، يقول "Christian Atias" إن الطفل حتى وإن لم يولد بعد، يعتبر في نظر القانون الوضعي الفرنسي إنسانا كسائر البشر، إذ أن طبيعته تفرض حقه[1]. ويشاطره الرأي كل من"Daniel Vigneau" الذي يرى أن الحياة تعتبر موجودة ابتداء من الحمل وأنها لا يمكن أن تكون إلا إنسانية. ومن هذا المنطلق يعد الجنين كائنا بشريا، مضيفا أن القانون يمنح الطابع الإنساني للبويضات المخصبة من خلال منع القطع الإرادي للحمل إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك[2]. ونادى "André Guidicelli" بضرورة إعطاء البويضات المخصبة الشخصية القانونية مع جعل الحقوق محدودة، وذلك بسبب أن الجنين هو عبارة عن شخص ولا يمكن إدراجه ضمن الأشياء فقط وحقوقه محدودة غير أنها محفوظة لحين تمام ولادته[3].

خلاصة القول ومن خلال ما تقدم ذكره، نجد أن نظرية الخيال تعتبر بلا فائدة وغير عادلة في نفس الوقت، أما نظرية الشخصية المشروطة حتى وإن حاولت الإقتراب من الحقيقة والإبتعاد عن الخيال إلا أنها تعد غير منطقية كون أن فكرة الأشخاص لا تتناسب مع الطابع الشرطي، فالكائن البشري إما أن يكون أو لا يكون. تبقى النظرية الأخيرة التي يمكن اعتبارها منطقية وأكثر قربا إلى الحقيقة، فالكائن يعتبر موجودا حتى قبل ولادته وهذه حقيقة لا يمكن للقانون تجاهلها.

إذا كان الفقه قد انقسم إلى ثلاث اتجاهات، كيف عالج القانون هذه الإشكالية؟

فالقوانين الفرنسية الصادرة في 29 جويلية 1994 بالرغم من أنها استعملت مصطلح البويضات المخصبة، إلا أنها لم تتطرق لتحديد معنى الوضع القانوني لها[4].

بتفحص المواد التي تضمنت معالجة البويضات المخصبة، نجد أنها لا تساعد في حل إشكالية الوضع القانوني لها، بل على العكس من ذلك زادت الأمور أكثر تعقيدا بتبنيها حلا مبهما، إذ يبدو في أول وهلة أن هذه المواد تعترف بالحياة الإنسانية للبويضات المخصبة وذلك

---

[1]- Cf. Christian ATIAS, La situation juridique de L'enfant conçu, dans la vie prénatale, biologie et droit, Paris, 1986, p.124.

[2]- Cf. Daniel VIGNEAU, L'enfant à naître, thèse droit Toulouse, 1988, p.40 ; cité par Jean BERNARD, La bioéthique, Paris, coll. Dominos, 1994, p.289.

[3]- Cf. André GUIDICELLI, Génétique humaine et droit, A la redécouverte de l'homme, thèse droit Poitiers, 1993, p.67 ; cité par Jean BERNARD, op.cit., p.290.

[4] - Cf. Emmanuelle DHONTE- ISNARD, op.cit., p.7-8.

عن طريق النص على حماية قانونية لهذه الأخيرة ضمن قانون العقوبات، نذكر على سبيل المثال نص المادة 511-19 منه الذي يمنع إجراء التجارب على البويضات المخصبة والمادة 511-15 منه التي تمنع بيعها أو شرائها، إلى جانبهما المادة 511-18 من نفس القانون التي لا تجيز الإحتفاظ بالبويضات داخل أنابيب الإختبار من أجل استعمالها لتحقيق أغراض صناعية أو تجارية.

إلى جانب المواد المذكورة أعلاه، نجد أن المادة 16 من القانون المدني الفرنسي التي تضمنها قانون 94-653 المتعلق باحترام الجسد البشري، تمنع كل اعتداء على كرامة الشخص، وتضمن احترام الكائن البشري ابتداء من بدأ حياته.

المحتوى الذي جاءت به هذه المادة هو نفسه الذي نصت عليه المادة الأولى من قانون 1975، غير أن الفرق بينهما يكمن في أن المادة أعلاه استعملت مصطلح حياته "Sa vie" ، أما المادة الأولى فقد استخدمت مصطلح الحياة "La vie"، هذا الفارق وإن كان بسيطا إلا أنه يشير إلى اعتراف قانون 1994 باكتساب البويضات المخصبة الشخصية القانونية، وأنه يحبذ التعامل معها على أنها شخص لا مجرد شيء[1].

إذا كان ما سبق ذكره يدفع للإعتقاد أن البويضات المخصبة داخل الأنبوب هي عبارة عن كائن بشري، فإن هناك نصوص أخرى تضمنها قانون 1994 توحي بعكس ذلك تماما إذ كيف يصح القول أنها كائنات بشرية ينبغي احترامها، وفي نفس الوقت يتم التعامل معها كأنها أشياء، حيث تجز المادة 152-3 من قانون الصحة العامة استخراج الفائض في البويضات مع إمكانية تجميدها، وكما أجازت المادة 162-16 من قانون الصحة العامة التشخيص المبكر لها، أو بكل بساطة إهدارها بعد مضي خمس سنوات.

كل هذه النصوص تدفع إلى التساؤل جديا عن مدى صحة إعتبار البويضات المخصبة داخل الأنبوب كائنا بشريا؟

ترى الدكتورة Emmanuelle Dhonte- Isnard أن عدم الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين، وفجأة تمنح له كامل الشخصية لسبب وحيد هو خروجه من بطن والدته يعد أمرا

[1]- Cf. Frédérique DREIFUSS-NETTER, Statut de l'embryon et du fœtus, faculté de droit de Paris 5, étude mise à jour le 08/11/2004.

مجحفا وغير منطقي، وتضرب مثلا لتبرير رأيها فتقول:"من غير المنطقي أن يتم الاعتراف بالشخصية القانونية للطفل الذي ولد بعد سبعة أشهر، في حين الطفل الذي بلغ سبعة أشهر وهو لا يزال في بطن أمه محروم منها لمجرد أن أمه لم تضعه بعد"[1].

إستنادا مما تقدم، يمكن القول أنه يصعب تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة داخل الأنبوب فهي تندرج تارة ضمن طائفة الأشخاص، وتارة أخرى تدخل في طائفة الأشياء. بهذا وطبقا للقانون الفرنسي فإن البويضات المخصبة لها شخصية مدنية لكنها محرومة من الحماية الجنائية. وهذا الحرمان يولد الاعتقاد أنها أشياء طالما أن البحوث العلمية والإكتشافات الطبية جعلتها سهلة المنال من قبل الإنسان.

عليه يبقى الإشكال والصعوبة في تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة قائمين في التشريع الفرنسي.فماذا عن الوضع في القانون الجزائري؟

بالنسبة للقانون الجزائري، وبرجوعنا إلى القانون المدني تحديدا، نجد أن المشرع نص بموجب المادة 25 فقرة أولى من القانون المدني أن الشخصية القانونية تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا.كما أن كل من قانون الصحة والعقوبات يمنع كما سبقت الإشارة إليه الإجهاض إلا إذا كان لأغراض علاجية.

هذه النصوص تعتبر قابلة للتطبيق في الحالة التي يتم فيها التلقيح بصورة طبيعية نتج عنه الحمل، كما يمكن تطبيقها في حالة التلقيح الاصطناعي الداخلي باستعمال نطفة الزوج.

التساؤل يثار حول مدى تماشي هذه النصوص في حالة التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب، فهل تتمتع البويضات المخصبة هنا بالشخصية القانونية وتعامل على أنها كائن بشري؟ إذا كان الجواب بنعم، كيف يتم تفسير إهدار الفائض من البويضات؟

[1]- Cf. Emmanuelle DHONTE-ISNARD, op.cit., p.10.

أمام هذه التساؤلات نوجه دعوة للمشرع الجزائري من أجل تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة داخل الأنبوب.

إلى جانب صعوبة تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة، تطرح هذه الأخيرة مشكل أكثر خطورة يتمثل في الحالة التي تستبدل فيها أو تختلط فينجم عن ذلك اختلاط في الأنساب.

ثانيا : تبديل المني واختلاط الأنساب

من المشاكل الشائكة التي تثيرها مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي هي تبديل المني والبويضات المخصبة، فعلى إثر خطأ يرتكبه المكلفون بإتباع خطوات التلقيح الإصطناعي التابعين للمركز الذي يعطي المرأة مني رجل آخر معتقدون أنه من زوجها، أو تمنح لها بويضات مخصبة تحمل صفات جينية لأشخاص آخرين، فتلقح بها المرأة لتضع بعد انقضاء مدة الحمل مولودا غريبا عنها وعن زوجها، إن ارتكاب مثل هذا الخطأ سيؤدي إلى نتيجة حتمية ألا وهي اختلاط الأنساب.

وفي هذا الصدد نشير أن هناك حالات تم فيها فعلا اختلاط الأنساب وتلقيح المستفيدات بغير بويضاتهن المخصبة، نذكر منها على سبيل المثال ما وقع في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1990 فبعد أن خضعت امرأة لعملية التلقيح الإصطناعي تكللت بازدياد طفلة. لكن المشكل أن هذه الأخيرة ولدت سمراء البشرة مع أن أبويها هما من الجنس الأبيض، فرفعت الوالدة دعوى قضائية ضد المركز تطالب بإجراء أبحاث وتحاليل. وقد أسفرت هذه الأخيرة عن وقوع المخبر في خطأ أثناء استعمال العينات المحفوظة أدى إلى اختلاط في البويضات المخصبة[1].

وفي سنة 1995، وضعت سيدة هولندية توأمين أحدهما أسمر اللون والآخر أبيض. نظرا للفارق الجوهري والكبير في مواصفاتهما تساءلت العائلة حول حقيقة نسب المولود لها، وكان شكها في محله، إذ على إثر بحث وتحري تم إجراؤه على مستوى المركز تبين أن هذا الأخير

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.146.

ارتكب خطأ غير عمدي بحيث استعمل أنبوب حفظ نطف سبق استعماله لحفظ نطف رجل أسمر البشرة وهو الأمر الذي نتج عنه ميلاد أحد التوأمين بمواصفات خاصة[1].

إن وقوع المركز في ارتكاب مثل هذه الأخطاء يدفع إلى التساؤل عن مدى مسئوليته في مواجهة المستفيدين من عملية التلقيح الإصطناعي والمتضررين من إهماله.

هنا نقول أن المركز ونظرا للعلاقة التعاقدية التي تربطه بالمستفيدين يقع على عاتقه التزام برد وتسليم عينات السائل المنوي أو البويضات المخصبة إلى أصحابها أنفسهم. فهذه العينات يجب ردها عينا وإن هلكت فمن المستحيل استبدالها بشيء آخر لأنها لا تدخل في إطار ما يسمى بالأشياء المثلية.

وإذا ارتكب المركز خطأ أدى إلى اختلاط في العينات المحفوظة تقوم مسئوليته ويبقى ملزما بتعويض المتضررين عن الضرر الذي لحقهما. ويمكن مسائلته سواء على أساس العمد في حالة ما إذا قام بتبديل العينات المنوية عن قصد، أو مساءلته على أساس الإهمال أو عدم الاحتياط والإنتباه في حالة ارتكابه للخطأ عن غير عمد.

وكما هو ملاحظ هنا فإنه يسأل حسب الأحوال طبقا للقواعد العامة لقانون العقوبات، و لكن نظرا لخطورة المسألة يتعين تدخل كل من المشرعين الفرنسي والجزائري من أجل سن قوانين خاصة تجرم هذا الفعل صراحة، ويمنحه الطابع الردعي ليحتاط العاملين أكثر فأكثر فيتم تجنب الوقوع في اختلاط الأنساب.

ولا يتسبب عدم الانتباه واتخاذ الاحتياطات اللازمة في اختلاط الأنساب فحسب بل قد ينجر عن ذلك إصابة البويضات المخصبة السليمة بالأمراض الوراثية الخطيرة فيؤدي ذلك إلى إنتقالها للأم أو المولود.

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.147.

ثالثا : انتقال الأمراض الوراثية الخطيرة

نتيجة لتطور الطب في مجال الهندسة الوراثية، تم معرفة ما يزيد عن خمسة آلاف مرض وراثي يصيب الإنسان. وقد أثبتت الإحصائيات أن حوالي خمسين بالمائة من حالات وفيات الأطفال ترجع إلى أمراض وراثية، وخمسين بالمائة من حالات الإجهاض التلقائي يرجع لذات السبب، كما أن حوالي اثنين بالمائة من حديثي الولادة ظهرت عليهم هذه الأمراض[1].

أمام هذه النتائج تساءل الطب عن التقنية المناسبة والفعالة التي تضع حدا لظهور هذه الحالات، فتوصل إلى اكتشاف ما يعرف بالتشخيص المبكر قبل الولادة "Diagnostic prénatal"

ويتم بموجب هذه الوسيلة تحليل جينات الجنين وهو داخل الرحم، من أجل التأكد من خلوه من الأمراض الوراثية، والتشوهات الخلقية أمثال التخلف العقلي، أمراض الدم الوراثية، العمى الوراثي، أمراض الأعصاب والجهاز الحركي. كما أنها تسمح إذا ثبت أن النتيجة إيجابية بعلاج هذه الأمراض بطرق حديثة أثناء الحمل أو بعد إنهائه. ومن جهة أخرى، تعطي للأبوين -طبقا للقانون الفرنسي- الفرصة في القطع الإرادي للحمل إذا اظهرا عدم رغبتهما في إنجاب المولود لأن مرضه على درجة كبيرة من الخطورة بحيث يستعصى علاجه.

أباح المشرع الفرنسي اللجوء إلى هذه الوسيلة، وقد اشترط أن يكون هدفها موجها لاكتشاف مدى احتمال إصابة الجنين داخل الرحم بأمراض ذات خطورة خاصة، وأن تسبقها استشارة طبية من مجلس الجينات، وهذا يظهر جليا في نص المادة 162-16 من قانون الصحة العامة التي جاء فيه:

« Le diagnostic s'entend des pratiques médicales ayant pour but de détecter un utéro chez l'embryon ou le fœtus, une infection d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique ».

كما أنه أعطى للمراكز المتخصصة في التشخيص المبكر قبل الولادة والحاصلة على ترخيص إداري لممارسة نشاطها صلاحية إجراء عمليات إجهاض، بناءا على المادة 162-12 من نفس القانون حيث نصت على :

---

[1]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.432.

« En outre, si l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une infection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'un de ces deux médecins doit exercer son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire ».

إستنادا لما تقدم ذكره، نجد أن التشخيص المبكر قبل الولادة وإن كان يساهم في اكتشاف إصابة الجنين بالأمراض الوراثية أو التشوهات الخلقية في الأسابيع الأولى من الحمل، فإنه بالمقابل يضع الزوجين أمام اختيار صعب، فإما أن يقررا الإجهاض وذلك للتخفيف من معاناتهما ومعاناة المولود إذا ولد مصابا، أو يقررا الاستمرار في الحمل بالرغم من أنهما على دراية مسبقة بأنه سيولد حاملا لمرض أو مصابا بتشوهات.

غير أنهما إذا قررا الإجهاض، فهذا يطرح التساؤل حول ما إذا كان إجهاض المولود خصوصا إذا كان في مراحل متطورة من نموه يشكل مساسا بمبدأ الحق في الحياة ؟

وإذا إتخذا قرار بالإبقاء عليه، فهذا يثير التساؤل عما إذا كان يحق للأبوين إنجاب أطفال حكم عليهم مسبقا بالمعاناة؟

مشكل آخر تثيره هذه الوسيلة يتمثل في كون المعلومات الخاصة بالتشخيص المبكر تطورت بسرعة، في حين أن الدواء المعالج للأمراض الوراثية الخطيرة التي تم اكتشافها غير موجود، ولكن حتى وإن وجد فهو بكمية جد محدودة.

أمام عدم تواجد العلاج المناسب، تضطر الزوجة اتخاذ قرار القطع الإرادي للحمل، فهذا سيؤدي لا مجال إلى ارتفاع نسبة الإجهاض.

لم تقف العلوم الطبية عند هذا الحد، فقد ساهمت أساليب التلقيح الإصطناعي خصوصا التلقيح الاصطناعي بواسطة الغير[1]، والتلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب[2]، إلى اكتشاف نوع آخر من التشخيص يدعى بالتشخيص المبكر قبل الزرع "Diagnostic préimplantatoire".

[1]- هذا الأسلوب يتم بعد الحصول على الحيوانات المنوية الذكرية أو الأنثوية من المتبرعين، ولاحتمال عدم خلوها من الأمراض الوراثية يفضل إجراء التحاليل عليها لتفادي انتقال الأمراض للأم التي تلقح بها و المولود.

[2]- بالنسبة للتلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب، يؤدي عدم احتياط المركز إلى إنتقال الأمراض الوراثية الخطيرة من البويضات المخصبة إلى البويضات المخصبة السليمة.

هذه الوسيلة تكمن في إجراء تحاليل على البويضات المخصبة خارج الرحم للتأكد من خلوها من الأمراض الوراثية الخطيرة، وهي على عكس سابقاتها تؤدي إلى تفادي مشكلة وخطر الإجهاض المتكرر، وكذا مشكلة الإكتشاف المتأخر للمرض الذي يطرح تساؤلا صعبا حول مدى إمكانية القطع الإرادي للحمل في مراحله المتطورة.

نص المشرع الفرنسي على هذه الوسيلة بموجب المادة 162-17 من قانون الصحة العامة التي جاء فيها:

« Le diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro n'est autorisé qu'à titre exceptionnel ».

من خلال هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يستعمل مصطلح التشخيص قبل الزرع إنما استعمل مصطلح التشخيص البيولوجي. كما توجب نفس المادة أن اللجوء إليها لا يكون إلا في حالة إستثنائية متى توافرت الشروط التالية :

1- أن يتأكد الطبيب من وجود احتمال كبير بوضع الزوجين مولودا مصابا بمرض وراثي خطير يتبين وقت التشخيص أنه لا أمل من شفائه.

2- أن لا يتم إجراء التشخيص إلا بعد أن يتم التأكد من إصابة الزوجين بأحد الأمراض الوراثية المحتمل انتقالها للمولود، وعلى الزوجين في هذه الحالة التعبير عن رضاهما كتابيا بتحقيق هذا التشخيص.

3- يجب أن يقتصر هدف التشخيص على البحث عن المرض الوراثي وإيجاد وسائل تساعد على اكتشافه أو معالجته.

4- لا يمكن إجراء هذا التشخيص إلا بعد الحصول على رأي اللجنة الوطنية لطب الإنجاب والتشخيص، وأن يمارس داخل المؤسسات الخاصة ومرخص لها بإجراء هذه الوسيلة

من تحليل هذه الشروط نلاحظ وجود تعارض بين الشرط الأول والشرط الثالث، فمن جهة يشترط المشرع على الطبيب أن لا يجري التشخيص إلا إذا تأكد من أن الزوجين مصابين بمرض وراثي خطير يستحيل علاجه، وفي نفس الوقت ينص على أن هدف التشخيص هو

البحث عن الدواء لمعالجة المرض الذي تم اكتشافه. فكيف يمكن معالجة مرض عضال لا أمل في شفائه؟

ومن جهة أخرى، حصر المشرع ممارسة التشخيص في الحالة التي يتبين فيها أن الزوجين أو أحدهما يحمل أمراض خطيرة. فهل هذا يعني أن حمل أحد الأصول أمراض خطيرة لا يشكل خطر إصابة المولود بها؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالنفي، فحمل أحد الأصول المباشرين أمراض وراثية من شأنه أن يجعلها تنتقل إلى المولود. من أجل ذلك نص المشرع الفرنسي في المادة 2131 -4 من قانون الصحة العامة على إمكانية اللجوء إلى التشخيص المبكر ليس في الحالة التي يتبين فيها إصابة أحد الزوجين بالمرض فحسب، إنما أيضا في الحالة التي يتبين فيها إصابة أحد الأصول يحمل نفس المرض.

صفوة القول، ينبغي على مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي اتخاذ كافة الإحتياطات وبذل العناية اللازمة من أجل تفادي إصابة البويضات المخصبة السليمة بالأمراض المعدية لتفادي إنتقالها إلى المستفيدة أو المولود. كما أنه لتجنب أي إشكال يجوز لهم إعلام المستفيدين بضرورة الخضوع للتشخيص المبكر شريطة أن يتم إجراءه وفقا للشروط المحددة له، حتى لا يؤدي الإفراط في استعماله إلى الوصول لمرحلة إختيار الجنس أو تحسين النسل.

رابعا: تحسين النسل وإختيار الجنس

يحق للزوجين، وبكل حرية اتخاذ القرار بإجراء التحاليل التي تسمح لهم بمعرفة إذا كانا حاملين لخطر العاهة الوراثية، وفي حالة خضوعهم للتشخيص المبكر وتبين للطبيب أن أحدهما أو كلاهما، مصاب فعلا، وأن المرض من المحتمل جدا أن ينتقل إلى المولود عليه أن يقدم النصيحة الوراثية، كون أنها تساعد على اتخاذ القرار باستمرار الحمل أو وقفه[1].

[1] - Cf. Marie Louise BRIAD, Conseil génétique, banalisation du diagnostic parental, eugénisme, l'heure du doute, insémination artificielle, in Enjeux et problèmes éthiques, Paris, 1994, p.167.

إذا كان للتشخيص المبكر فوائد، فإن له بالمقابل سلبيات إذ ساهم في ظهور العديد من المشاكل أبرزها ما يلي:

- إستبدال الإنجاب الطبيعي بالإنجاب المحدود والإرادي.
- إرتفاع نسبة القطع الإرادي للحمل.
- قد يتم الكشف عن مرض وراثي غير أنه يعتبر مرضا ثانويا يمكن معالجته، بالرغم من ذلك تقرر الزوجة قطع حملها.
- إن أكبر مشكلة يخلفها التشخيص المبكر تثمثل في إختيار الجنس وتحسين النسل[1].

فأمام ظهور التقنية التي تسمح بالفصل بين الحيوانات المنوية الذكرية والحيوانات المنوية الأنثوية أصبح من الممكن إختيار جنس المولود، وهو الأمر الذي أدى بالتفكير إلى إنشاء بنك لجمع مني الأشخاص الدين تحصلوا على جائزة نوبل[2] ." banque de sperme des prix Nobel"

السؤال الذي يطرح هنا هل يجوز شرعا وتشريعا أن تلقح الزوجة بالماء المنوية الذكرية إن أرادت ذكرا أو بالماء المنوية الأنثوية إن أرادت أنثى؟

تم طرح سؤال على فضيلة الشيخ القرضاوي من قبل أحد أطباء مستشفى النساء والولادة في دولة قطر استفسر فيه عن الحكم الشرعي في تدخل الطبيب لإختيار جنس الجنين في مرحلة ما قبل الإخصاب من خلال إجراء عمليات أطفال الأنابيب.

وقد أجابه فضيلته قائلا:"إن إجراء عمليات أطفال الأنابيب استجابة لطلب الزوجين في إنجاب مولود ذكر لا حرمة فيه، شريطة أن تتم العمليات تلبية لحاجة معتبرة عند الزوجين كأن يشتاقان إلى ذكر، وألا يكون إختيار جنس الذكر بسبب كراهية جنس الإناث، وإن تحديد جنس المولود لا يتعارض مع قدر الله ومشيئته"[3].

---

[1]- Cf. Stanislas TONKEIWICZ, Le fantasme d'enfant parfait, l'heure du doute, insémination artificielle, in Enjeux et problèmes éthiques, Paris, 1994, p.160.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.135.

[3]- أنظر، أبو البصل عبد الناصر، المرجع السابق، جريدة الغد، على نفس الموقع السابق.

من خلال هذه الفتوى يظهر جليا أن فضيلة الشيخ أباح مسألة إختيار الجنس. ومع ذلك لا يمكن القول بشرعية هذه الطريقة لأن غالبية الفقه المعاصر يمنع منعا باتا الفصل بين الحيوانات المنوية الذكرية والأنثوية بهدف إختيار الجنس حسب الطلب[1].

إذا كانت مسألة إختيار الجنس محظورة من الناحية الشرعية، فماذا عن الناحية التشريعية؟

وإن أباح التشريع الفرنسي إجراء التشخيص المبكر، فقد إشترط أن يكون الهدف من ورائه الكشف عن الأمراض الوراثية الخطيرة لا أن يهدف إلى إختيار الجنس أو تحسين النسل، حيث نصت المادة 16-4 من القانون المدني على:

« Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humain »
« Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection de la personne est interdite ».
« Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».

وقد أتبع المشرع هذا المنع بفرض عقوبة جزائية تتمثل في السجن لمدة ثلاثين سنة وغرامة مالية تقدر بخمس وسبعين ألف أورو، توقع على كل من ساهم في اختيار الجبس أو تحسين النسل، وهذا تطبيقا للمادتين 214-1 و 214-2 من قانون العقوبات.

أما من يرجع إلى القانون الجزائري، فإنه يلاحظ أنه لا يتضمن نصا صريحا يمنع مسألة إختيار الجنس، ومع ذلك يمكن إستخلاص هذا المنع ضمنيا من نص المادة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على أن الهدف المسطر في مجال الصحة يرمي إلى توفير العلاج الذي يتماشى وحاجيات السكان، وكذلك المادة 67 من نفس القانون التي تنص على أن الأسرة تستفيد من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة صحة أفرادها وتوازنهم النفسي والعاطفي. وبدورها، تنص المادة السادسة من قانون أخلاقيات الطب أن الطبيب هو في خدمة الشخص والصحة العامة ومن يمارس مهامه في إطار احترام حياة الشخص[2].

[1]- أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق،م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص.51؛ مامون عبد الكريم، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.86-87.

[2]- أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق،م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص.51.

انطلاقا من هذه المواد، نستخلص أنه لا يجوز استخدام التلقيح الإصطناعي كوسيلة لإختيار جنس المولود.

ختاما، لا يجوز شرعا وتشريعا تلقيح الزوجة بالماء المنوية الذكرية إذا أرادت ذكرا أو بالماء المنوية الأنثوية إذا أرادت أنثى. ونحن نؤيد هذا المنع لأن إعطاء كل شخص فرصة لإختيار جنس مولوده سيؤدي لا محال إلى اختلال في التوازن البشري ومثل هذه الأمور يجب أن تترك لمشيئة الله لا أن يتحكم فيها الكائن البشري.

ويجدر التنويه هنا إلى أنه طالما يمنع اختيار الجنس قبل التلقيح فإنه بالمقابل يمنع الإختيار بعد الغرس في الرحم، بمعنى أدق لا يسمح للمرأة أن تجهض لمجرد أنه تبين لها أن عملية التلقيح ستسفر عن ولادة أنثى وهي ترغب في ذكر أو العكس. فسلوك طريقة الإجهاض لتحديد جنس الجنين أمر محرم ومحظور ابتداء لحرمة الوسيلة، ومهما كان عمر الجنين في الرحم ومهما كانت الذرائع لإختيار الجنس[1].

إلى جانب العلاقة الطبية التي يولدها التلقيح الإصطناعي تتولد علاقات أخرى تكيف على أنها علاقة غير طبية. وهذه الأخيرة تطرح بدورها مشاكل قانونية عديدة.

المطلب الثاني

المشاكل القانونية الناجمة عن العلاقة غير الطبية

بعيدا عن العلاقات الطبية التي يقيمها الطبيب أو المركز، هناك علاقات أخرى تكيف على أنها علاقات غير طبية لكونها تنشأ بين أطراف بعيدين تماما عن المجال الطبي.

من هذه العلاقات الغير الطبية، توجد علاقة الزوج بزوجته. هذه العلاقة وإن كانت تتسم غالبا بالهدوء والإستقرار، قد تتوتر وتتزعزع بسبب تقنية التلقيح الإصطناعي، وذلك في الحالة التي يرفض أحدهما الخضوع لهذه الوسيلة، فيثير غضب الطرف الآخر لتقوم بعدها الخلافات

[1]- أنظر، فراح إسماعيل، عودة وأد البنات، المسلمون، 1997/02/21، ع.629، ص.11.

والمشاكل قد تصل إلي إنهاء العلاقة الزوجية. بهذا يمكن القول أن عملية التلقيح الإصطناعي لا تعتبر في جميع الحالات طريقا لوضع حد للمشاكل القائمة بين الزوجين، بل على العكس من ذلك قد تكون هي المتسبب الرئيسي في ظهورها وتفاقمها (الفرع الأول).

علاقات أخرى تنشأ بين المستفيدين والغير الذي يتدخل من أجل إتمام عملية الإنجاب الاصطناعي، وبدورها تكيف على أنها علاقات غير طبية. فالزوجين العقيمين تربطهما من جهة علاقة مع المتبرع حتى وإن كانت غير مباشرة نظرا لمبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع، فلولا تدخل هذا الأخير لما تمكن الزوجين من الحصول على مولود لهما. ومن جهة أخرى، تنشأ علاقة مباشرة بين الزوجين والأم البديلة وذلك نتيجة الاتفاق المبرم بينهما الدعي يكون محله حمل الأم البديلة مولودا لصالح الزوجين نظير دفعهما لها مقابلا ماديا.

إن هذه العلاقات غير الطبية مع الغير سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة قد يشوبها التوتر وعدم التوازن، والسبب راجع إلي أن أسلوب التلقيح الإصطناعي بالاستعانة بالمتبرع أو الأم البديلة لا يخلو هو الأخر من إثارة العديد من المشاكل القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المشاكل القائمة بين الزوجين من جراء عملية التلقيح الإصطناعي

خلفت مسألة العقم آثارا نفسية وخيمة على الزوجين، وأثارت العديد من المشاكل بينهما وصلت إلى حد فك الرابطة الزوجية. غير أنه ومع إكتشاف تقنية التلقيح الإصطناعي زرع الأمل من جديد في نفسية غير القادرين عل الإنجاب، ووقفت كحاجز أمام فك الرابطة الزوجية إل جانب تحقيقها لسعادة الزوجين في إنجاب المولود الذي طالما رغبا في الحصول عليه.

إن هذا الأثر الإيجابي للتلقيح الإصطناعي يتحقق عندما يكون الزوجين على وفاق وتنطبق إرادتهما المشتركة في الخضوع للعملية. لكن ماذا يحصل لو أن أحد الطرفين أبى للجوء إلى هذه الوسيلة الحديثة للإنجاب؟ ما هو تأثير هذا الرفض على الرابطة الزوجية؟ هل يحق لأحد الزوجين طلب الطلاق لمجرد أن قرينه رفض التلقيح الإصطناعي؟

إن الإجابة عن هذا الإشكال يختلف بإختلاف النظام السائد في المجتمع، وكذا بإختلاف الهدف المرجو من الرابطة الزوجية.

فإذا رجعنا إلى المجتمع الفرنسي نجد أن الفقه فيه يرى أن رفض الزوجة الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي يعد سببا كافيا لفك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها، وخصوصا إذا كان الرفض غير مبرر طبيا، لأن ذلك من شأنه أن يشكل خطأ جسيما يسمح بفك الربطة الزوجية، وهو في حد ذاته إنقاص من إلتزامات الزوج [1]. غير أن القضاء لم يخط نفس الخطوة ، إذا لم يجعل رفض اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي مبررا لفك الربطة الزوجية. يتضح ذلك من خلال القضية التي عرضت على محكمة Bordeaux، والتي تتخلص وقائعها في أن زوجة رفضت اللجوء إلى أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة زوجها، مما دفع هذا الأخير إلى رفع دعوى أمام محكمة Bordeaux الإبتدائية طالب من خلالها الحكم له بفك الرابطة الزوجية، مستندا في ذلك على تطبيق نص المادة 242 من القانون المدني والتي تنص على أنه يحق لأحد الزوجين طلب الطلاق في حالة إرتكاب الزوج الأخر خطأ، ويجب أن تشكل هذا الخطأ خرقا جسيما للوجبات والإلتزامات المترتبة على الزواج وأن يجعل الحياة الزوجية بينهما مستحيلة. من جهتها طلبت الزوجة من المحكمة الحكم لها بتعويض يؤديه الزوج إليها نتيجة للأضرار التي لحقتها من جراء رفعه الدعوى، وأضافت أن سبب رفضها الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي يرجع إلى أنها سبق وأن خضعت لعلاج مشكلة عقمها إلا أن العلاج لم يفض بأي نتيجة وهذا ما جعلها تتخوف من إعادة خوضها مرة أخرى لتجربة التلقيح الإصطناعي.

وأمام هذه الحجج وتلك الأسانيد، قضت المحكمة برفض طلب الزوج المتمثل في فك الرابطة الزوجية، مع إلزامه بدفع تعويض لزوجته قدره 5000 فرنك فرنسي. وقد بررت المحكمة موقفها هذا بأن الزوجة لم ترتكب أي خطأ يسمح بفك الرابطة الزوجية. مما دفع بالزوج إلى إستئنافه أمام محكمة إستئناف Bordeaux التي قضت في قرارها الصادر بتاريخ 01 أكتوبر1991 بتأييد الحكم المستأنف وحجتها في ذلك أنه يحق للزوجة أن ترفض اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بعدما خضعت لخمس محاولات باءت جميعها بالفشل. وأنها حينما تمسكت بحقها

[1]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.140.

الشخصي لا تكون قد إرتكبت خطأ، وعليه لا يمكن تكييف موقفها على أنه خطأ بمفهوم المادة 242 من القانون المدني[1].

بالنسبة للتشريع الفرنسي، فإنه ينظر إلى الزواج على أنه عطاء متبادل بين الزوجين، غير أن هذا العطاء وإن كان يحتوي على الرغبة في الإنجاب، فإن هذا الأخير لا يعد شرطا أساسيا، وعليه إذا لم يتحقق الإنجاب فإن ذلك لا يمس بصحة الزواج ولا يعد سببا لفك الربطة الزوجية .

من خلال ما تقدم نجد أن المجتمع الفرنسي لا يولي أهمية كبرى للإنجاب بقدرة ما يهتم بالمحافظة على إستقرار وسعادة الزوجين، وحتى لا تتأثر العلاقة بينهما يستبعد فكرة إمكانية فك الرابطة الزوجية لمجرد رفض الطرف الأخر اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي.

ومن ينقلب النظر في القانون الجزائري، يجد أنه يعطي أهمية كبرى للإنجاب. فهذا الأخير يعتبر أحد الأهداف العليا لعقد القران، وهذا مايستفاد من نص المادة الربعة من القانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

صحيح أن القدرة الجنسية تعد صفة جوهرية للشخص المراد التزوج به، وإن العجز الجنسي يعد سببا لتطبيق نظرية البطلان[2]. غير أنه بوجود وسيلة تمكن من القضاء على هذا العجز الذي يحول دون تحقيق أسمى أهداف الزواج ألا وهو التناسل، يثار التساؤل حول معرفة ما إذا كان رفض اللجوء إليها يعتبر مبررا لفك الرابطة الزوجة طبقا للقانون الجزائري.

في الحقيقة لم يتضمن القانون الجزائري نصا صريحا يجيب على هذا الإشكال لذا يتعين الرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة.

---

[1]- Cf. C.A. de Bordeaux, 01/10/1991, note Jean HAUSSER ; J.C.P., 1992-03-1034, cité par : Roberto ANDORNO, op.cit., p.141.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.154.

إذا تمعنا النظر في المواد المعدلة 4 و36 فقرتين 1 و2 و53، نستخلص أنه إذا رفض أحد الزوجين اللجوء لعملية التلقيح الإصطناعي دون عذر مجيد يكون مرتكبا لخطأ مبرر لفك الرابطة الزوجية[1].

ولكن يختلف الأمر إذا كان لهذا الرفض ما يبرره، كأن يتم إثبات وجود مرض وراثي يحتمل انتقاله إلى المولود أو يشكل خطورة على صحة الأم. في هذه الحالات لا يحق طلب فك الرابطة الزوجية، لكن إذا أصر الزوج على ذلك فإن القاضي سيحكم له بالطلاق لكنه يعد طلاقا تعسفيا.

وأما المشكل يثار عندما لا يكون السبب في رفض الزوجة اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي هو رفضها الإنجاب أو الوسيلة في حد ذاتها ، إنما يكون السبب راجعا لتخوفها مما قد ينجم عن العملية من أخطار على المستوى البدني والنفسي، ناهيك عن المعاناة والأضرار التي ستتحملها.

إلى جانب ذلك قد يرجع السبب إلى إشمئزازها من أن تكون لعدة مرات محل تصرف الطبيب، فهل هذه المبررات تعد كافية للحفاظ على الحياة الزوجية؟

إن هذه المبررات لا تعد حجة لرفض التلقيح الإصطناعي، فحتى وإن كانت هذه التقنية تطرح أضرارا ومعاناة فإن النتيجة المرتبة عنها تفوق هذه الأضرار، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، تدخل الطبيب يكون بهدف التداوي لا لأغراض أخرى وبوجود الحاجة تنتفي عدم المشروعية.

إستنادا لذلك، حتى هذه المبررات لا تقف حاجزا أمام فك الرابطة الزوجية، إذ لا مانع في التضحية المثمتلة في تدخل الغير بسبب وظيفته، و تحمل الآلام من أجل الوصول إلى النتيجة الأكثر أهمية والمتمثلة في الحمل وولادة الطفل[2].

---

[1]- يمكن في هذه الحالة للزوج أن يتمسك بتطبيق المادة 48 من قانون الأسرة التي تجعله صاحب العصمة. أما إذا كان الرفض منه، فإن الزوجة يحق لها مطالبة التطليق على أساس المادة 53 فقرة 02 المتعلقة بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج. كما لها أن تتمسك بتطبيق الفقرة 10 من نفس المادة المتعلقة بالضرر الشرعي. إذ مما لا شك فيه أن الرفض سيسبب لها ضررا محققا لكونه يحرمها من سعادة الشعور بالأمومة. في هذا الصدد، أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.157؛ تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2006، ع.4، ص.66.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.155.

نشير في هذا المضمار إلى أن عقلية وتفكير الجزائريين في وقتنا الحالي وإن أصبحا يقضيان أن رفض اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي يعد أمرا غريبا وغير منطقي، فإن بعض التحفظات لا تزال قائمة وهو الأمر الذي يصعب من مهمة القاضي المطروح أمامه النزاع، إذ يتعين عليه أن يبرز الإهانة من موقف الشخص الذي ابتغى بشدة استعمال هذه التقنية الحديثة من الإنجاب أو من موقف الشخص الذي استمأزها. لكن تبقى في كل الأحوال للقاضي السلطة الواسعة للنطق بالطلاق. لهذا يمكنه أن يقضي بالفرقة بين الزوجين بخطأ منهما إذا طلبه الزوج بسبب تطلبات الزوجة الحادة والفضاضة للتلقيح، وكان اعتراضه مبنيا على أسباب وذرائع غير مقنعة كون أنها ذات طابع أخلاقي وفلسفي[1].

يستخلص أن رفض أحد الزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي قد يكون سببا لطلب الطرف الآخر فك الرابطة الزوجية، وإن هذا القول ينطبق على الحالة التي نكون فيها أمام التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج. أما إذا كنا أمام حالة التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، وباعتبار أن هذا أسلوب غير جائز في الجزائر شرعا وقانونا، فإن إجبار الزوج زوجته على اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح يعتبر موجبا لطلبها التطليق، مع طلبها حق التعويض إذ يمكن تكييف تصرف الزوج هنا على أنه تصرف تعسفي يوجب التعويض طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة التي نصت على أنه:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وفوق كل هذا، إذا استعمل الزوج طرق خداع وغش من أجل تلقيح زوجته بمني رجل أجنبي واكتشفت هذه الأخيرة حقيقة حملها يمكنها أن تطلب تطليقها منه، مع الإعتراف لها بكافة حقوقها الشرعية، وتمتعيها بحقها في الحصول على تعويض منه، مع المطالبة بتوقيع الجزاء عليه، وعلى الطبيب الذي أجرى العملية إذا تواطأ معه وساعده على تنفيذ خطته الإحتيالية.

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.157.

من جانب أخر، يحق للزوج أن يطلب الطلاق في حالة لجوء الزوجة إلى التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير دون علمه، مع المطالبة بحرمانها من كافة حقوقها الشرعية بما في ذلك التعويض.

ختاما نشير إلى أنه متى لجأ الزوجان إلى أسلوب التلقيح الإصطناعي واحتراما الشروط الواجب إتباعها، فإن المشاكل التي من الممكن أن تثار ستقل لا محال، وعلى العموم فهذا الأسلوب لا يطرح مشاكل خاصة، إذا ما قرناه مع أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير.

الفرع الثاني

المشاكل الناجمة عن التلقيح الإصطناعي بسبب تدخل الغير

يطرح أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة تدخل الغير مشاكل عديدة ويثير تساؤلات يصعب في بعض الأحيان إيجاد حلول لها.

فالإستعانة برجل أجنبي من أجل إتمام العملية سيؤدي لا محال إلى قيام مشاكل بين الزوج وزوجته، يكون سببها إما غيرة الزوج، أو تأثير إحساس الأبوة على المتبرع فيدفعه إلى تهديد أمن واستقرار أسرة المستفيدين عن طريق المطالبة بحقه في استرجاع ابنه البيولوجي. وإن أهم إشكال أثير في هذا الصدد هو معرفة ما إذا كان تلقيح الزوجة بمني غير زوجها سيجعلها مرتبكة لجريمة الزنا أم لا؟

وإن المشرع الفرنسي الذي أباح هذا الأسلوب، بالرغم من أنه أحاطه بسياج من الشروط الصارمة، لم يسلم من تفادي المشاكل الناجمة عنه. أما المشرع الجزائري الذي يعتبر اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح خرقا صريحا لمبادئ الشريعة الإسلامية ومخالفة للنظام العام والآداب العامة، قد تواجهه مستقبلا مثل هذه المشاكل خاصة وأنه لم يصحب منع الأسلوب بعقوبات جزائية رادعة(أولا). أما الاستعانة بالأم البديلة، حتى وإن حققت سعادة الزوجية في الحصول على مولود ووقفت حاجزا أمام فك الرابطة الزوجية، فإنها بالمقابل أثارت العديد من المشاكل صعب على القضاء الفصل فيها. ومن أجل تفادي ذلك عمد كل من المشرعين

الفرنسي والجزائري إلى إضفاء عدم الشرعية على هذا الأسلوب. لكن حتى هذا المنع لم يقف حاجزا أمام اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح، إذ شهدت الناحية العلمية تطبيقات له، كما شهدت المشاكل التي أثيرت عنه ابتداء من الأم الحمالة نظرا لظروفها المادية الصعبة إلى ظهور مشاكل في تسليم أو تسلم المولود(ثانيا).

أولا: المشاكل القانونية الناجمة عن تلقيح الزوجة بمني غير زوجها

حتى وإن سلمنا بمنطق أن هذا الأسلوب من التلقيح وضع حدا للمشاكل النفسية القائمة بين الزوجين، وحقق سعادتهما ورغبتهما في الحصول على مولود، فهذا لا يعني أنه لا يثير مشاكل قانونية، أخلاقية، ودينية، بل على النقيض من ذلك فتقنية التلقيح الإصطناعي بنطفة رجل أجنبي تطرح العديد من التساؤلات الجد معقدة، كما ترتب آثار وخيمة على الأسرة والمجتمع.

إن أهم إشكال يطرح في هذا الصدد هو معرفة ما إذا كان ممكنا مساءلة الزوجة التي تم تلقيحها بمني رجل أجنبي على أساس جريمة الزنا؟

حاول الفقه الفرنسي الإجابة عن هذا السؤال، فانقسم إلى اتجاهين. تزعم الإتجاه الأول كل من الفقيهين "Savatier" و" Stoyanovotch "، ذهبا إلى القول أن الحكمة من تجريم جنحة الزنا هي الوقاية واجتناب اختلاط الأنساب. وأنه استنادا على هذا العنصر تعتبر المرأة التي لقحت بمني غير زوجها مرتكبة لجريمة الزنا، ويستوي في ذلك علم ورضا زوجها أو رفيقها بهذه العملية أم لا[1].

أما الاتجاه الثاني، يرى أن أهم عنصر في جريمة الزنا هو وجود علاقة جنسية غير مشروعة بين الزوجة ورجل غير زوجها، وإنه في قضية الحال تنتفي العلاقة غير الشرعية بين الزوجة والمتبرع بالمني، ولهذا فإن جريمة الزنا تبقى قائمة في حق الزوجة[2].

---

[1]- Cf. Stoyanovich, La légitimité des enfants nés par suite de l'insémination artificielle en France et aux Etats Unis d'Amérique, R.T.D.Civ, 1956, p.264, cité par :

- العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.40.

[2]- مقتبس من العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.41.

إستنادا لما تقدم ذكره، نجد أنه حتى وإن اختلف الإتجاهين الفقهيين في علة تحريم الزنا، فإنهما اتحدا في اعتبار المرأة التي تلقح بمني غير زوجها تعد مرتكبة الزنا.

إن هذا الإجتهاد الفقهي الفرنسي لا يؤخذ به وذلك لسببين، السبب الأول راجع إلى القانون رقم 75-617 المؤرخ في 11 جويلية 1975 في مادته 17 ألغى المواد من 336 إلى 339 من قانون العقوبات، وبهذا الإلغاء لم يعد فعل الزنا يشكل جريمة في نظر القانون الفرنسي ولا سبب في حسابها لفك الرابطة الزوجية. ويرجع السبب الثاني إلى إباحة المشرع الفرنسي بموجب قانون 1994 أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا.

بإلغاء المواد المحرمة لفعل الزنا وإضفاء المشروعية على أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير لم يعد هناك مجال لمساءلة الزوجة على أساس جريمة الزنا.

لكن إذا كان تلقيح الزوجة بمني غير زوجها لا يطرح إشكالا في نظر القانون الفرنسي ولا يثير التساؤل حول مدى اعتبارها مرتكبة جريمة الزنا، فإنه يبقى مطروحا بالنسبة للقانون الجزائري.

بالرغم من أن المشرع الجزائري أضفى عدم المشروعية على أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، إلا أنه لم ينص على مواد تجرم هذا الفعل. وفي غياب الطابع الردعي قد تلجأ الزوجة لهذا النوع من التلقيح، وهنا يثار الإشكال هل تعاقب على أساس ارتكابها جريمة الزنا؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل يجدر بنا تعريف هذا الفعل، فالزنا قانون هو كل وطء أو جماع تام غير شرعي يقع من رجل متزوج أو مع امرأة متزوجة برضاهما المتبادل من أجل تنفيذ رغبتهما الجنسية[1].

كما عرفه جانب من الفقه الجنائي على أنه اتصال شخص متزوج – رجل أو امرأة – اتصالا جنسيا بغير زوجه[2].

[1]- أنظر، سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.52.

[2]- أنظر، نجيب حسين محمود، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص.594.

لكن إذا رجعنا إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع لم يقم بتعريف هذا الفعل إنما اكتفى بالنص على تجريمه من خلال المادة 339 من قانون العقوبات التي نصت على أنه:" يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على الشريكة.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور وأن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

فمن خلال إمعان النظر في محتوى النص المذكور أعلاه، نجد أن مشرعنا اشترط لقيام جريمة الزنا توافر شرط الزوجية وعدم تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى الزوج المضرور سواء وقعت الجريمة في محل الزوجية أو في مكان آخر.

وبهذا يكون قد أغفل النص على أهم ركن مكون لهذه الجريمة ألا وهو الركن المادي المتمثل في الوطء. ونظرا لعدم تحديد تعريف لهذا الأخير، يتعين الرجوع إلى الفقه الذي يعتبر فعل الوطء المعتبر زنا والموجب للعقوبة هو إيلاج عضو التذكير في عضو التأنيث، أي بتغيب حشفة الذكر أو قدرها من مقطوعها في فرج الأنثى.

هذا ويتحقق فعل الوطء بالإيلاج سواء كان مقترنا بإنزال ماء الرجل في فرج المرأة أم كان من عدمه[1].

إستنادا مما ذكر، وبخصوص جنحة الزنا وموضوع التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير يقول الشيخ محمود شلتوت بأن "التلقيح إذا كان بمني غير الزوج، فإنه يلتقي مع الزنا في إطار واحد

[1]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.34.

من حيث الجوهر والنتيجة، ولكنه لا يوجب الحد[1]"، وقد أيد هذا الرأي الشيخ جاد الحق علي جاد الحق[2].

وفي نفس السياق، يرى الدكتور تشوار جيلالي أن "استعمال مني الغير يكتسي بسيكولوجيا وأخلاقيا مظهر الزنا "[3].

على خلاف ذلك، ذهب الشيخ سلام مدكور إلى القول "يوجد فروق جوهرية بين الزنا والتلقيح الإصطناعي، ولا يلتقيان لا في الجوهر ولا في النتيجة، لأن العبرة في جريمة الزنا بفعل الوطء سواء حدث التقاء بين الماءين أم لم يلتقيا"[4]، وهو ما ذهب إليه الشيخ حسين مخلوق[5].

نظرا لاختلاف الآراء حول مسألة اعتبار التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير مشابهة لجريمة الزنا أم مختلفة تماما عنها، يصعب أكثر فأكثر إيجاد حل للإشكال المطروح خصوصا وأن التلقيح يتم بطرق اصطناعية وهذا يعني غياب الركن المادي، فاستدخال مني الرجل لا يؤدي إلى المواقعة الجنسية ولا إحداث أي شهوة أو لذة.

فهل عدم توافر الركن المادي المكون لجريمة الزنا في حال تلقيح المرأة بمني غير زوجها سواء تم ذلك بعلمه ورضاه أم لا ينفي عنها ارتكاب الجريمة فينتفي معها مسائلتها وتوقيع العقوبة عليها؟ أم أننا نعتبرها زانية بالرغم من غياب العنصر الرئيسي باعتبار أن هذا الأسلوب من التلقيح يؤدي شأنه شأن الزنا إلى اختلاط الأنساب؟

---

[1]- أنظر، شلتوت محمود، الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، الناشر، دار الشروق، بيروت، 1403ه، 1973م، مقتبس من مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.36.

[2]- أنظر، جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الصناعي للتوالد والإجهاض، المؤتمر التاسع لمجمع البحوث الإسلامية بمناسبة العيد الألفي للأزهر الشريف، القاهرة، 1403ه، 1983م، ص.449-450، مقتبس من مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.36.

[3]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.106.

[4]- أنظر، مذكور سلام، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، بحث مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص.138، مقتبس من مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.36.

[5]- أنظر، مخلوف حسنين، تعليق بجريدة الأخبار في 1978/07/27، بعنوان تحية من العلماء المسلمين لأنصار العلم في عملية أطفال الأنابيب، مقتبس من مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.36.

إن جريمة الزنا بأركانها وشروطها المنصوص عليها قانونا لا تصلح لاستيعاب عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير. كما لا يمكن تكييف هذه الأخيرة على أنها تكون جنحة الزنا نظرا لعدم تجريم المشرع الأفعال بنص قانوني خاص.

ولسد هذا الفراغ التشريعي ندعو المشرع الجزائري إلى التدخل لسن أحكام قانونية صارمة تعاقب كل من يجرؤ على اللجوء وممارسة هذا الأسلوب من التلقيح، وبهذا يتفادى اختلاط الأنساب.

إلى جانب اعتبار مشكلة مدى اعتبار الزوجة مرتكبة لجريمة الزنا، فإن التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير يؤدي إلى نتائج وآثار نفسية خطيرة. فقد يتعرض الزوج لعقد نفسية وذلك لشعوره بالنقص لعدم قدرته على الإنجاب. كما قد يولد لديه إحساسا بالغيرة تصل به إلى حد الإنتحار أو تدفعه لارتكاب الجريمة.

من جهتها الزوجة قد يدفعها الفضول لمحاولة معرفة شخصية المتبرع وقد تحتقر زوجها وتشمئز منه، وتقلل من شأنه كونه المتسبب في عدم إنجابها.

كل هذه الأمور ينتج عنها مشاكل واضطرابات نفسية داخل الأسرة فيهدد استقرارها ويفكك أواصرها، ناهيك عما ينجم عن هذه العملية من آثار خطيرة على نفسية المولود خاصة فيما يتعلق بمسألة نسبه والتي سنتعرض لها لاحقا.

فوق كل هذا، فإن المشاكل لا تثار عند تدخل الرجل الأجنبي فحسب إنما تثار أيضا عند تدخل المرأة الأجنبية عن العلاقة وذلك بهدف التبرع ببويضتها لتلقح بمني الزوج وتزرع داخل رحم الزوجة. فقد ثبت أن هذا الأسلوب لا يخلو من المشاكل ولا من التطبيقات الغربية، نذكر في هذا الصدد العملية التي أجريت على مستوى عيادة Fréjus من قبل الدكتور "Vickem Sattariam" الذي شهد ولادة امرأة عقيمة لطفل بعد أن استفادت من أسلوب التبرع بالبويضة.

لحد الآن يبدو الأمر عاديا، لكن في الحقيقة المشكل يكمن في أن المرأة العقيمة وضعت أول وآخر مولود لها وهي تبلغ من العمر اثني وستين عاما. والأخطر من ذلك أنه تم تلقيح

المتبرعة بمني أخ المرأة العقيمة، فبعد أن قام الدكتور بإجراء تلقيح بين مني "Robert" وبويضة المتبرعة، زرع البويضة المخصبة داخل رحم المرأة " Jeanine" التي ولدت طفلا وبهذا يكون هذا الأخير هو الابن البيولوجي لشقيقها الأكبر[1].

ختاما إن العلاقة بين الزوج وزوجته تعتبر علاقة حميمة وخاصة بهما، وبالتالي فإن تدخل طرف ثالث أجنبي في هذه العلاقة سواء كان رجلا أو امرأة سيؤدي لا محال إلى اختلال في توازنها وعدم استقرارها.

إلى جانب هذا الأسلوب، يوجد أسلوب آخر يستدعي تدخل طرف أجنبي لتنفيذ العملية، يتمثل في تدخل امرأة تتولى مهمة حمل الجنين داخل رحمها. وهذا الأسلوب بدوره يطرح العديد من المشاكل القانونية.

ثانيا: المشاكل الناجمة عن الإستعانة بالأم البديلة

يثير أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة مشاكل قانونية تعد أكبر وأكثر خطورة من تلك التي تثيرها باقي الأساليب الأخرى.

فغالبا ما يكون الدافع من وراء تقدم النساء للعب دور الأم البديلة، هو الحصول على المبالغ المالية الباهظة، لكن وبدل أن يتحقق حلمهن، يتعرضن لاستغلال الطبقات الغنية إذ يمارسون عليهن ضغوطات نفسية كبيرة. وما يساعدهم على ذلك وجود نقاط ضعف عديدة لدى الأمهات البديلة، أبرزها حاجتهن الماسة للمال وافتقارهن للمستوى الدراسي، إضافة إلى جهلهن لما قد يترتب عن هذه العملية من أضرار نفسية وأخرى بدنية. من هنا يمكن القول أن هذا النوع من التلقيح يشكل خطر استغلال الأمهات الحاملات بالإنابة (أ).كما أن تنفيذ هذه التقنية يتطلب استدخال البويضة المخصبة داخل رحم الأم البديلة التي تعتبر أجنبية عن الزوج. هذه المسألة أثارت تساؤلا وجدلا كبيرين حول مدى تشابه هذا النظام مع جنحة الزنا (ب). من ناحية أخرى، حمل الأم البديلة للجنين في أحشائها لمدة تسعة أشهر يولد لديها رابطة وإحساسا قويا تجاه المولود، الأمر الذي يدفعها إلى التمسك به بعد ولادته ورفضها تسليمه

[1] - Cf. Emmanuelle DHONTE-ISNARD, op.cit., p.17

للزوجين، فنكون أمام مشكل النزاع حول الطفل ويثار التساؤل حول من له الحق في تسلمه(ج). نختم دراستنا لهذه النقطة بذكر أمثلة غريبة عن تطبيق هذا الأسلوب من التلقيح (د).

أ- خطر استغلال الأمهات البديلة

بارتفاع نسبة الفقر والحاجة ارتفعت نسبة الاتفاقيات التي يكون الهدف من ورائها حمل مولود لصالح أشخاص غير قادرين على الإنجاب مقابل دفع مبالغ مالية. بهذا الشكل ساد مظهر استغلال الأشخاص الأغنياء للأشخاص الذين ينتمون إلى الطبقة الفقيرة، حيث تلجأ النساء الأكثر غنى اللواتي يعانين من مشكلة العقم، أو يرفضن الحمل حفاظا على رشاقة جسدهن الذي يتعرض لتحولات وتغيرات ناجمة عن الحمل والولادة، إلى إستغلال من هن من الطبقة المعوزة اللائي يقعن فريسة الحاجة للقمة العيش، فيقبلن وبكل سهولة أن يكن حاملات لفائدة الغير[1].

إذا أمعنا النظر في علاقة المستفيدين بالأم البديلة نجد أنها تتسم بعدم التوازن والإنسجام. فبينما يجني الزوجان من وراء هذه التقنية فائدة كبيرة تتمثل في حصولهما على مولود دون تعب أو بدل مجهود، ودون تحمل الأم المعاناة. تجد الأم البديلة نفسها مضطرة لتحمل جميع المخاطر الممكنة التي تنجم عن الحمل والولادة وتلك الناجمة عن احتمال انتقال الأمراض الخطيرة كمرض نقص المناعة خاصة إذا تم تلقيح البويضة داخل الأنبوب. وكذلك لأمراض الخطيرة التي تظهر ويصعب معرفتها وتحديدها للقضاء عليها.

عدم تعادل الأداءات المتبادلة بين الطرفين ألا يؤدي إلى القول بوجود استغلال ظاهر للأم البديلة؟

إذا قلنا بأن الأم البديلة عندما تعبر عن رضاها بقبول الإتفاق، فهذا يعني أنها قبلت بالالتزامات الملقاة على عاتقها وبجميع الآثار المترتبة عن الحمل والولادة، وعليه لا مجال لإثارة مسألة الإستغلال. فإن هذا القول لا يمكن الإعتداد به لأن أغلبية الأمهات البديلة تدفعهن

[1] - Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.264.

الحاجة المالية إلى قبول هذا الإتفاق، ووقت إبرامه يكون شغلهن الشاغل هو الحصول على المال دون التفكير في عواقب ومخاطر هذه التقنية[1].

وإذا اعتبرنا أن إلتزام الأم البديلة هو عبارة عن تأدية خدمة، ومن الطبيعي أن تستغل من قبل المستفيد من الخدمة، فحتى النساء العاملات بحكم وظيفتهن يتعرضن لاستغلال ذوي الإمتياز. فإنه لا يمكن الأخذ بهذا الإعتبار لأن حمل طفل لا يمكن مقارنته مع أي شكل من أشكال الوظائف التعاقدية، فالفرق جوهري بين الحالتين، نذكر على سبيل المثال، يمكن للموظف أن يتوقف عن العمل، غير أن إمكانية التوقف هذه لا يمكن إيجادها في نظام الأمومة البديلة. فبمجرد أن يبرم الإتفاق وتزرع اللقيحة داخل رحمها تكون ملزمة بإنهاء مهمتها، ولا يمكنها وضع حد لحملها عن طريق الإجهاض. وحتى وإن اقتضت ظروفها الصحية لذلك، فإنها على أية حال لا يمكنها العودة إلى حالتها السابقة لا على المستوى الجسدي ولا على المستوى النفسي[2].

وأخيرا، إذا فرضنا أن الأم البديلة بإيجار رحمها تتبرع بحمل مولود وهنا نكون أمام نفس حالة التبرع بأحد الأعضاء كالكلية. فإن هذه الفرضية تعتبر غير سليمة لأن هذا التشبيه وإن كان يبدو مقنعا في أول وهلة، إلا أنه لا يعتبر منطقيا، إذ أن العضو ما هو إلا جزء من الجسد، أما الطفل فهو كائن بشري ارتبط بالأم الحاملة طيلة تسعة أشهر فنشأت علاقة بينهما مفعمة بالمشاعر والأحاسيس. كما أن التبرع بالأعضاء البشرية لا يحمل الطابع المادي التجاري، فالمتبرع يتبرع بإرادته الحرة والمنفردة بهدف الإيثار. أما الحمل لصالح الغير أساس تنفيذه هو الحصول على المقابل المادي[3].

أضف إلى ذلك أن التبرع بالأعضاء يتم من أجل إنقاذ حياة الأشخاص، وهذا العمل الإيجابي يمكن اعتباره كافيا لتبرير المخاطر التي قد يتعرض لها المتبرعون. في حين أن المخاطر التي تتعرض لها الأم البديلة ليست لها ما يبررها سوى عدم قدرة المستفيدين على الإنجاب وتحصيل

[1]- Cf. François TERRE, L'enfant de l'esclave, Génétique et droit, Paris, Flammarion, 1987, p.16.
[2]- Cf. François TERRE, op.cit., p.16.
[3]- Cf. François TERRE, op.cit., p.17.

النسل، وتضحية الأم البديلة تعد أكبر بكثير من هذا المبرر وحتى المقابل الذي تتقاضاه لا يساوي شيئا أمام تخليها عن فلذة كبدها[1].

خلاصة ما تقدم ذكره، وإجابة عن التساؤل المطروح أعلاه نقول أن خطر استغلال الأمهات البديلة يظل قائما في إطار هذا الأسلوب من التلقيح، وذلك لأن سلطة المستفيدين من الحمل ليست على نفس درجة سلطة الأم البديلة، مما يسمح لهم بممارسة ضغوطات عليها قصد حملها على تقبل شروط لا ترغب في تحملها. فمثلا يمكن أن تحدد نشاطاتها أثناء فترة الحمل، كما تجبر على إجراء فحوصات طبية من أجل مراقبة تطور الجنين، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، حاجتها إلى المال ونقص مستواها الدراسي يجعلها غير قادرة على الدفاع عن مصالحها الشخصية.

بإعتبار إتفاقيات الحمل لصالح الغير هي بمثابة عقود، فإن تطبيق مبدأ استقلالية المتعاقدين وحريتهما في التعاقد على مثل هذه الإتفاقيات يعني أن الأم البديلة تتمسك بحق التحكم في جسدها وقدراتها التناسلية، وهذا ما يمكنها من تنفيذ الإتفاقية إلى نهايتها أي لحين ولادة الطفل، لكن من ناحية أخرى يؤدي تطبيقه إلى إستبدال طفل بمال وهو ما يجعل شخص الإتفاق مجردا تماما، كون أن الطفل باعتباره كائنا بشريا له الحق في أن تحترم كرامته لهذا لا يمكن التعامل معه على أنه شيء قابل للاستهلاك نمنحه مقابل مبلغ مالي.

واستنادا عليه، فإن فكرة إخضاع استقلالية الشخصية للإلتزامات التعاقدية تعد غير ملائمة، لأنها تحول الحياة البشرية إلى شيء قابل للاستهلاك، ولأنها تخلق إمكانية استغلال الأم البديلة اقتصاديا.

في غالب الأحوال يكون الهدف من وراء الحمل لصالح الغير هو تحصيل المال وقد بينا[2] ما ينجم عن هذه الإتفاقيات ذات الطابع التجاري من مخاطر ومشاكل. السؤال يثار عندما يلجأ

[1] - Cf. Journal SOGS, op.cit., p.9.

[2] - أنظر، الفرع الثاني،المشاكل الناجمة عن التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير،- خطر استغلال الأمهات البديلة، ص.185 وما بعدها من هذه الدراسة.

إلى إبرام اتفاقيات لا تكتسي هذا الطابع المادي، أي عندما تقبل المرأة أن تكون أما بديلة بهدف المساعدة لا الكسب وإن كان ذلك نادرا ما يحدث، فهل هذه الحالة تخلو من المشاكل؟

إن اتفاقيات الحمل لصالح الغير التي لا تشترط أي مقابل مادي، لا تشكل خطرا أو تهديدا للضيق الإقتصادي الذي تعاني منه النساء المعوزات. بالرغم من هذا يمكن لهذه الإتفاقيات أن تؤدي بدورها على الإستغلال والإضطهاد، إذ أن قوة الأحاسيس المتواجدة تجعلها تحت الضغط[1]. فلو افترضنا أن امرأة تعاني نفسيا بسبب عدم قدرتها على الإنجاب، وأرادت صديقة حميمة لها، أو والدتها أو حتى إحدى قريبتها مساعدتها والتخفيف عنها عن طريق لعب دور الأم البديلة، هنا نلاحظ أن الهدف لا يتمثل في الكسب المادي إنما في الإيثار والمساعدة. وبهذا تبرم الأم البديلة الإتفاقية دون مراعاة للمخاطر الفيزيائية والبسيكولوجية الناجمة عنها. فبمجرد البدء في التنفيذ قد تشعر أنها وقعت في الفخ، إذ لا يمكنها التراجع، فمن جهة، إذا أرادت تغيير رأيها قبل أن تصبح حاملا، فإن ذلك سيشعرها بالذنب تجاه صديقتها أو ابنتها كونها أضافت لها معاناة أكبر من معاناتها السابقة. أما إذا أصبحت حاملا، فهذا يجعلها تشعر أنها تزداد تعلقا بالطفل كلما مرت الأشهر وعند الولادة يمكن أن تخلق مشاكل بعدم تخليها عنه. وبدلا من أن تعم السعادة والفرحة بولادة المولود، تحل مشاعر الخداع والغضب والغيرة.مثال آخر يحمل مظهر آخر للإستغلال يظهر في الحالة التي تكون المرأة مجبرة أن تحمل لصالح مديرها في المؤسسة دون تقاضي مقابلا لذلك وإلا قام بتهديدها بطردها من وظيفتها[2].

إذا كان الطابع المادي لهذه التقنية يؤدي إلى خلق آثار وخيمة بالنسبة للشخص والمجتمع، فإن المجانية لا تعد دائما حماية أو ضمانا ضد التعسفات، حتى وإن تمت هذه الإتفاقيات الأخيرة بين الأصدقاء، زملاء العمل أو الأقارب، وكانت تبدو في مظهرها الخارجي أنها عبارة عن إيثار، من شأنها أن تخلق حالات ضغط، وترتب آثار وخيمة يصعب إيجاد حل لها، كما قد تشكل خطورة أكبر من تلك التي تشكلها الإتفاقات ذات الطابع المادي[3].

[1]- Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.264.
[2]- Cf. Journal SOGC, op.cit., p.10.
[3]- Cf. Journal SOGC, op.cit., p.10-11.

خلاصة القول واستنادا لما تقدم ذكره يمكن استخلاص من ناحية، أن الإتفاق المتعلق بالحمل لصالح الغير لأغراض مادية يعد غير مقبول من الناحية الأخلاقية،كون أن الفائدة التي يتحصل عليها المستفيدين من وراء هذا الأسلوب لا تبرر الأضرار الجسدية والنفسية التي تتحملها الأم البديلة، ولا تعد سببا لاستغلالها،كما أنها تستدعي تعليق إنشاء الحياة البشرية على مجرد طلبات. ومن ناحية أخرى، إن إتفاق الحمل لصالح الغير الذي لا يكتسي الطابع التجاري هو الآخر غير مقبول من الناحية الأخلاقية، لأن فرص الضغط على النساء الحوامل في مثل هذه الإتفاقيات تعد جد مرتفعة سواء كان ذلك لأسباب الحاجة إلى المال أو بسبب العلاقات المتوترة والإنفعالية مع المستفيدين.

وأخيرا، تقنية الحمل لصالح الغير سواء كانت بمقابل أو مجانا، يمكنها أن تأثر في نظرة المجتمع للطفل الناجم عن هذا الأسلوب من التلقيح، فينظر إليه باحتقار لأنه كان محلا لمعاملات تجارية ليس هذا فحسب، فحتى الأم البديلة قد تعامل باحتقار واضطهاد كونها في وقت من الأوقات قبلت عرض جسد بدون روح.

إذا كان أسلوب التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة يساهم في ظهور خطر الإستغلال، فإنه أدى أيضا إلى إثارة نقاش حاد لتحديد ما إذا كان هذا النظام يقترب من جريمة الزنا أم أنه يبتعد عنها تماما.

ب- الأم البديلة وشبهة الزنا

سبقت الإشارة[1] أن الأم البديلة قد تتبرع برحمها فقط، في هذه الحالة يتم استخراج السائل المنوي من الزوج والبويضة من زوجته وبعد أن تتشكل البويضة المخصبة داخل الأنبوب، تحول لتزرع داخل رحم الأم البديلة. هنا يثار التساؤل حول ما إذا كان إستدخال بويضة مخصبة داخل رحم امرأة أجنبية يجعلها مرتكبة لجريمة الزنا؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب ملاحظة ما يلي:

[1]- أنظر، الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الثاني تحت عنوان التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، ص.107 من هذه الدراسة.

1- عملية التلقيح الإصطناعي بإعتبارها تمت داخل الأنبوب، فهذا يعني أن لا دور لبوق الرحم الذي يعد مكانا طبيعيا لتلقيح البويضة في حالة مستأجرة الرحم.

2 - في أسلوب التلقيح الإصطناعي يتم إستدخال البويضة المخصبة داخل الرحم، ونظرا لكون هذا الأخير لا يعد منطقة للإتحاد إنما هو مكان لتكاثر ونمو الخلايا الجسدية للجنين فهذا يعني أنه من المستحيل أن يختلط ماء الرجل بماء الأم البديلة.

3 - يتم إستدخال البويضة المخصبة داخل الرحم بالإستعانة بطرق اصطناعية، وفي هذا غياب لصورة إشباع الشهوة الجنسية.

إستنادا مما تقدم، يمكن القول أن إستدخال بويضة مخصبة داخل رحم امرأة أجنبية لا يؤدي إلى إحداث المواقعة الجنسية، ولا إلى إستدخال ماء الرجل الذي من المحتمل أن يتفاعل مع بويضة المرأة التي إستدخال المني إليها. وهكذا وفي غياب العنصر الأساسي المكون لجريمة الزنا -الإيلاج- تنتفي جريمة الزنا في حق الأم البديلة مستأجرة الرحم.

ماذا لو كانت الأم البديلة هي صاحبة البويضة والرحم معا، ألا يؤدي تلقيح مني الزوج ببويضة الأم البديلة الأجنبية عنه إلى قيام جريمة الزنا؟

كما سبق ذكره، إن العنصر الأساسي المكون للجريمة هو تحقق الإتصال الجنسي بالطريق العادي بين المرأة والرجل الأجنبي عنها. وفي هذه الحالة، بالرغم من أن الأم البديلة لقحت بمني غير زوجها إلا أنه لا يمكن القول أننا أمام جريمة الزنا، لأن الإتصال الجنسي لم يتم بينهما. بهذا نرجع إلى ما تم تحليله عند دراسة تلقيح المرأة بمني غير زوجها.

ختاما، الأم البديلة سواء كانت صاحبة البويضة والرحم، أو صاحبة الرحم فقط، لا تعد مرتكبة لجريمة الزنا، وذلك لتخلف الأركان المكونة لها. نظام الأم البديلة بريء من شبهة الزنا[1].

[1]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س، 1999، ع.04، ص.37-38.

بعد إجراء عملية التلقيح الإصطناعي وولادة المولود قد يقوم الخلاف بين الزوجين والأم البديلة، كل يتمسك بحقه تجاه هذا الطفل، أو يرفض تسلمه، وبهذا يمكن القول أن مشكلا آخر ينبثق عن هذا الأسلوب يتمثل في النزاع حول الولد.

ج- النزاع حول الولد

ليس من السهولة بما كان أن تحمل أما جنينا في أحشائها، وترتبط به طيلة تسعة أشهر لتتنازل عنه عندما يصبح كائنا بشريا تاما لصالح الغير. فهذه التقنية أثارت من الناحية العملية مشاكل صعب إيجاد حل لها، إذ وبعد أن تضع الأم البديلة المولود يحرك فيها إحساس الأمومة الشعور بالندم فتتراجع عن التزامها وتتمسك بالمولود لصالحها، ليقوم الخلاف بينها وبين الزوجين على حقهما تجاه هذا الطفل.

وعلى النقيض من ذلك، توجد حالات رفضت فيها الأم البديلة الإحتفاظ بمولودها ومن جهتهما الزوجين امتنعا عن أخذه والسبب راجع إلى أن المولود ولد مشوها. وفوق كل هذا، هناك حالات اعتبر فيها الطفل ابنا لزوج مؤجرة الرحم لا ابنا لزوج العقيمة[1].

أمام هذا النزاع حول الطفل يثار التساؤل عن من له الحق في تسلم الطفل؟ وما هو المعيار الواجب الأخذ به للفصل في هذا النزاع؟ هل مصلحة الطفل تقتضي أن يترعرع في كنف المرأة التي حملته فتغذى منها وارتبط بها، أم تقتضي تسليمه لمن أبدى الرغبة في الحصول عليه ويتوافر على المستوى الإجتماعي والإقتصادي الملائم؟

بالرجوع إلى القانون الفرنسي يصعب إيجاد إجابة عن هذه التساؤلات، فالمشرع أضفى عدم المشروعية على أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، واعتبر كل اتفاق بشأنها باطلا. وهذا يعني أنه لا يمكن لأي شخص حتى ولو كان الأب البيولوجي للطفل أن يتمسك بصحة هذا الإتفاق كما لا يمكنه مطالبة الأم البديلة بالتنازل عن المولود ولا إثارة المسؤولية في جانبها لأنها تعتبر الأم البيولوجية ولها كامل الحقوق على مولودها[2].

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.110-111.

[2]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.143.

بهذا تتعقد الأمور، هل يعطي القانون الفرنسي الحق للأم البديلة في إبقاء مولودها إلى جانبها تطبيقا لمبدأ الأمومة تسري بالوضع، وينهج بذلك منهج المشرع الإنجليزي الذي نص طبقا للمادة 27 من قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة الصادر سنة 1990 على أن الأم هي التي حملت ووضعت الطفل سواء كانت وسيلة الإنجاب طبيعية أو اصطناعية، وأضاف بموجب المادة 30 من نفس القانون أنه في حالة النزاع حول الولد يحق للزوجين أن يلجأ إلى المحكمة، وأن هذه الأخيرة باستطاعتها رفض طلبهما وإبقاء المولود تحت رعاية الأم التي حملته ووضعته متى تبين لها أن مصلحته تتحقق ببقائه إلى جانبها، وكذلك متى تأكدت أن الظروف الإجتماعية والإقتصادية والصحية للأم تسمح لها بتربية ولدها.

أم أنه يعطي الحق للزوجين في تسلمه، كون أن مصلحة المولود تفترض ذلك، فيسلك نفس المسلك الذي أخذت به المحكمة العليا لنيوجرسي (New Jersey)، إذ وبعد أن أبرم اتفاق بين زوجين وأم بديلة على أن تحمل طفلا لصالحهما، وتقاضت مبلغا مقابل ذلك، نقضت التزامها بمجرد أن وضعته، إذ فرت به هاربة وهو الأمر الذي استدعى تدخل الشرطة، ورفع الزوجين دعوى قضائية وصلت إلى غاية المحكمة العليا. التي قضت في قرارها بأن يتم تسليم المولود للزوجين. واستندت في ذلك أن العقد يتعارض مع القوانين التي تمنع التعامل مع الأطفال بمقابل. كما رأت أنه من مصلحة المولود أن يتربى في كنف الزوجين وذلك نظرا لإمكانياتهما المادية والثقافية والاجتماعية والصحية التي تسمح بمنح الطفل تربية سليمة وحياة مريحة، على خلاف الأم البديلة التي تفتقر لهذه الإمكانيات[1] . هكذا تكون المحكمة قد اعتدت بمعيار مصلحة الطفل لتحديد من له الأحقية في تسلم المولود.

من يقلب النظر في القانون الجزائري يجد أن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة تمنع اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، لكن وعلى خلاف المشرع الفرنسي لم ينص صراحة على عقوبة جزائية توقع على كل من يلجأ لهذا النوع من التلقيح. ففي غياب الطابع الردعي، قد يتم فعلا اللجوء إلى استغلال نساء يعانين الفقر لتنفيذ العملية. ومن هنا تبرز عدة مشاكل قانونية بما فيها مشكلة النزاع حول الولد. كما يثار في هذا الصدد التساؤل التالي: ماذا

[1]- Cf. Jan KENNEDY, Medical law, text and materials butter worth, London, 1989, p.730, cité par:
- مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ح.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.42- 43.

نفعل أمام قاعدة الولد للفراش، فهل الأم البديلة إذا كانت متزوجة تعتبر هي وزوجها أحق بالمولود باعتبار أنهما صاحبا فراش ويحسم النزاع بهذا الحل؟

بوجود الفراغ التشريعي، وفي غياب الإجتهادات القضائية يبقى التساؤل مطروحا والإشكال قائما.

تساؤل آخر يثار في هذا الصدد، فنظرا لعدم وجود نصوص جزائية تجرم صراحة فعل الأم البديلة، هل يكون بالإستطاعة ترتيب المسؤولية في جانب الطبيب والأم البديلة والزوجين على أساس القواعد المنصوص عليها في قانون العقوبات. منها تطبيق المادة 316 من قانون العقوبات التي جاء فيها: "كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة"، أو تطبيق المادة 320 من ذات القانون التي نصت على أنه:"يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج.

1- كل من تحصل من أبوين أو من إحداهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة.

2- كل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو شرع في ذلك وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله.

3- كل من قدم وساطة للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك ".

إلى جانبها توجد المادة 301 من نفس القانون، إذ جاء في فقرتها الأولى أنه: "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل...، أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته".

وأضافت فقرتها الثالثة: "غير أنه من قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه فإن المجرم يتعرض لعقوبة الحبس من شهرين إلى خمس سنوات".

من تحليل المواد المذكورة أعلاه، نجدها جميعها تتماشى مع نظام الأمومة البديلة، ففي حالة النزاع حول الولد الذي يولد مشوها ويرفض الطرفين تسلمه يحتمل أن تتركه الأم البديلة في أي

مكان وتعرض حياته للخطر. في هذه الحالة يمكن معاقبتها طبقا للعقوبة المنصوص عليها في المادة 316 من قانون العقوبات. كما أن المادة 320 من نفس القانون تعتبر صالحة للتطبيق على جميع الأطراف المتدخلين في هذا النوع من التلقيح، إذ يمكن مساءلة الزوجين على أساس الشطر الأول من المادة، ومساءلة الأم البديلة بناء على الشطر الثاني، أما الطبيب ومكاتب الوساطة فيسري عليهم الشطر الثالث منها باعتبارهما يساهمان في مساعدة المصابين بالعقم على الحصول على مولود امرأة أجنبية.

ومن جهتها، فالفقرة الأولى من المادة 321 من قانون العقوبات، تتطابق مع الحالة التي تصرح فيها الزوجة، صاحبة البويضة، أن المولود هو ابنها لكن الحقيقة أنها لم تلده إنما وضعته أما بديلة. ويقدم الطبيب شهادة تثبت زورا أن الولد هو الإبن البيولوجي للأم التي وضعته. هذا ويتعرض كل من يقدم ولدا لامرأة لم تضع حملا للعقوبة الواردة بالفقرة الثالثة من نفس المادة.

بالرغم من تواجد هذه النصوص القانونية إلا أنه ونظرا لحداثة الموضوع يستحسن أن يتدخل المشرع لسن نصوص تشريعية تجرم هذا الأسلوب من التلقيح صراحة، وفرض عقوبات جزائية على كل شخص تسول له نفسه اللجوء إليه أو التسهيل المساعدة على تنفيذه. وكما أنه يعتبر ضروريا، تدخل رجال القانون لإعطاء آرائهم بشأن المشاكل والتساؤلات التي يطرحها هذا النوع، مع محاولة إيجاد حلول لها.

نظرا لتعدد المشاكل الناجمة عن هذا الأسلوب نكتفي بذكر بعض الأمثلة والتطبيقات الغريبة التي نتجت عن ممارسته.

د- أمثلة غريبة نتجت عن تطبيق عمليات التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة

إن الأمثلة عديدة ومتعددة، نحصر أغربها فيما يلي:

- تعرضت زوجة لاستئصال رحمها إثر ولادة أول طفل لها، فتولدت لديها بعد ذلك الرغبة في الحصول على مولود آخر، غير أن المشكل أنها بعد عملية الإستئصال فقدت قدرتها على الإنجاب، لهذا السبب عرضت عليها والدتها البالغة من العمر 48 سنة، أن تحمل المولود بدلا

عنها، فتبلورت الفكرة لتدخل حيز التنفيذ، إذ لقحت أم الزوجة بمني زوج ابنتها، العملية تكللت بولادة ثلاثة أطفال، وساهمت في جعل الأم البديلة جدة وأما لهم في نفس الوقت[1].

- ومن الآثار الوخيمة لهذه العملية، ما حصل في أمريكا، فبعد أن وافقت امرأة أن تكون أما بديلة لزوجين يعانيان عدم القدرة على الإنجاب وحملت ووضعت المولود، بقي زوج المرأة العقيمة يتردد على الأم البديلة، نتج عنه إقامة علاقة غير شرعية والوقوع في الزنا[2].

- لم يقف الأمر عند هذا الحد، إذ استخدمت طرق الكذب والخداع من أجل حمل المرأة على استئجار رحمها، وهو ما حدث سنة 1975 حيث اتفق زوجان مع قريبتهما على أن تحمل طفلا لهما مقابل مبلغ قدر بألف وخمس مائة دولار، وأوهماها أن الجنين سيتم نقله إلى رحم الزوجة العقيمة بعد ثلاثة أسابيع من تواجده داخل رحم الأم البديلة، وقد صدقت هذه الأخيرة كلامهما لتجد نفسها حاملة للجنين لمدة تسعة أشهر، فوصل الأمر بينهما إلى القضاء[3].

- حملت أم إيطالية تبلغ من العمر 35 عاما جنينين من زوجين مختلفين لصالح سيدتين غير قادرتين على الحمل، فوضعت المولودين سنة 1998[4] .

إلى جانب هذه الأمثلة المذكورة تبقى عدة تساؤلات مطروحة نذكر منها:

ماذا لو قامت صاحبة الرحم بتأجير رحمها لأكثر من أسرة ثم حدث مستقبلا تزاوج بين أبناء هذه الأسرة؟

ماذا لو تم النص في العقد المبرم بين الزوجين والأم البديلة على أن لا يعاشر هذه الأخيرة زوجها، وعاشرها أثناء الحمل، هل يكون في هذه الحالة مخلا بشروط العقد أم أنه لا يجب الوفاء به لأنه يحرم حلالا؟

---

[1]- أنظر، نصر الجندي أحمد، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص. 230.

[2]- أنظر، نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.231.

[3]- أنظر، نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.235.

[4]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1999، ع.04، ص.20.

هل ينبغي على الأم البديلة أن تبقى تحت أعين الزوجين طيلة فترة الحمل، فتمنع من السفر والتنقل بعيدا؟

إذا تعرضت الأم البديلة للإجهاض، هل ينتهي العقد بهلاك محله؟ أم تكون مجبرة على إعادة المحاولة؟ وماذا لو كان الإجهاض متعمدا هل تسأل وتعاقب على ذلك؟

أي إحساس ستملكه الزوجة العقيمة عند تسليمها المولود، وهل ستكون قادرة على إيصال شعور الأمومة إليه؟

ختاما، إن التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، وإن كان سيحقق سعادة غير القادرين على الإنجاب، ويؤدى إلى حل المشاكل التي تعيق حركتهم، فإنه مقابل ذلك يخلق العديد من المشاكل، ونظرا لكون ضررها أكثر من نفعها، فهي تتطلب إعادة التفكير من أجل وضع الأمور في نصابها، وإيجاد حل للمعادلة الصعبة بين حرية البحث العلمي وبين القيم الأخلاقية والإجتماعية بشكل يضمن التوازن الممكن بينهما.

إن التلقيح الإصطناعي، لا يقف عند إثارة المشاكل بسبب تدخل الأشخاص المساهمين في تحقيقه فحسب، إنما تزداد هذه المشاكل والآثار تعقيدا حتى بعد ولادة الطفل المنتظر.

المبحث الثاني

المشاكل القانونية الناجمة

عن التلقيح الإصطناعي بعد ولادة الطفل

إن الغاية الرئيسية من وراء اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي تتمثل في القضاء على مشكلة العقم وتحصيل الذرية المفتقدة. ورغم ما تتعرض له الأم من صعوبات وآلام بسبب المراحل الطويلة والمعقدة لهذه العملية إلا أنها تتحمل كل ذلك في سبيل بلوغ الهدف المنشود، لكن ماذا بعد نجاح العملية وولادة الطفل حيا؟

من حق هذا المولود أن يترعرع في كنف أسرة مستقرة ومتوازنة، متكونة من أب وأم. كما أنه من حقه أن يتمتع بكافة الحقوق التي تثبت للمولود الناجم عن الإنجاب الطبيعي، وأهم حق هو حقه في النسب باعتباره صلة القرابة التي توحد الولد بأبيه أو بأمه.

عند هذه النقطة يثار الإشكال، فظهور الأساليب المتعددة للتلقيح الإصطناعي غيرت من معنى الأبوة والأمومة، فظهر مشكل تحديد النسب خاصة إذا كنا أمام حالة التبرع بالمني، فإلي من ينسب هذا المولود؟ لوالده البيولوجي (المتبرع) أم لزوج والدته؟ وإذا كنا أمام حالة استئجار الرحم يثار التساؤل حول من تعتبر أم من؟ هل يلحق نسب المولود بالأم الحمالة أم بالزوجة العقيمة؟

للإجابة عن هذه التساؤلات ولتحديد نسب المولود يتعين الرجوع إلى كل من التشريعين الفرنسي الجزائري من أجل معرفة كيف عالجا موضوع تحديد نسب الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي (المطلب الأول).

تعد مسألة تحديد النسب، مسألة جد هامة، فبعد معرفة نسب المولود تعرف الحقوق الأخرى كالحق في الاسم واللقب، والحق في الجنسية، النفقة، الحضانة، والميراث.

إلي جانب مشكلة تحديد النسب تثار مشكلة أخرى تتمثل في إثبات هذا النسب في حالة إنكاره من قبل الوالد، ما هي الطرق الواجب الإستناد عليها من أجل ذلك؟

في غياب النصوص التشريعية المنظمة لطرق إثبات نسب الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي يتوجب الرجوع إلي النصوص القانونية المنظمة للطرق التقليدية في إثبات النسب ودراسة ما إذا كانت هذه الأخيرة تتماشى مع هذه التقنية الحديثة من الإنجاب مع محاولة معرفة إذا كانت الطرق الحديثة في إثبات النسب والمتمثلة في تحليل الدم والبصمة الوراثية قابلة للإعتماد عليها في إثبات نسب المولود الناجم عن الإنجاب الإصطناعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مشكلة تحديد نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي

يسفر الإنجاب الطبيعي عن ولادة مولود يلحق نسبه بأبويه، وبهذا يكون له علاقة من جهة الأم وأخرى من جهة الأب وكلاهما يعتبران الأبوين البيولوجيين له. وعلى هذا الأساس تحديد نسبه إذا كان شرعيا أو طبيعيا لا يطرح صعوبات، إذ يكفي الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لمسألة النسب.

على خلاف التلقيح الإصطناعي، الذي نميز فيه بين حالتين، فإذا كنا أمام ولادة طفل ناجم عن ماء الزوجين فهنا لا تطرح عدة مشاكل إذ أن نسبه يلحق بهما ويعتبر إبنهما البيولوجي. ولهذا يسري على نسبه نفس الحكم الذي يسري على نسب المولود الناجم عن ولادة الطبيعية. غير أن المشكل يثار عندما تضع المرأة مولودها بعد أن تخضع لعملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة والده، فهل في هذه الحالة يلحق نسب الولد بأبيه اعتدادا بالحقيقة البيولوجية؟ أم نعتبره إبنا غير شرعي ويلحق نسبه من جهة والدته فقط وهذا مراعاة للنصوص القانونية التي حددت أجلا ينبغي مراعاته لتحديد ما إذا كان المولود بعد وفاة والده إبنا شرعيا أم لا؟ (الفرع الأول).

أما إذا كنا بصدد ولادة مولود ناجم عن ماء غير الزوجين، فهنا تثار المشاكل إذ يصعب تحديد نسبه وهذا راجع لتعدد العلاقات، إذ يساهم في وضعه إلى الوجود أكثر من شخصين - الأب والأم - فهذا الأسلوب من التلقيح يجعل معنى الأبوة والأمومة يتضاعف، قد يصل أحيانا إلى ربط المولود بخمسة أشخاص كانوا سببا في ولادته وذلك إذ تم التبرع بالمني، وفي نفس الوقت التبرع بالبويضة، وتم الحمل بواسطة الاستعانة بأم حمالة، ليسلم في الأخير إلى الشخصين طالبي للإستفادة من هذه التقنية الحديثة من الإنجاب.

في هذا المضمار، تثار عدة تساؤلات أهمها من يعتبر إبن من؟ أينسب الولد لأمه البيولوجية وزوجها؟ أم يلحق نسبه بأبيه باعتبار أن عماد النسب الحقيقة البيولوجية؟ هل يلحق بالأم التي وضعته أم بالأم التي ساهمت في تخليق البويضة وإكتسابه صفاتها الوراثية؟

أمام هذه التساؤلات يثار تساؤل أخر حول معرفة عن مكانة حق الطفل من كل هذا؟ هل نغلب مبدأ حقه في معرفة أبويه البيولوجيين؟ أم أن معيار المصلحة يقتضي إستبعاد الأبوة البيولوجية واستبدالها بالأبوة القانونية؟

من هنا نلاحظ أن تطور الطب الذي أدى إلى ظهور أسلوب يسمح بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة وإن ساهم فعلا في القضاء على مشكلة العقم وما يترتب عنه من أثار وخيمة و حقق سعادة الزوجية في الحصول على المولود، إلا أنه بالمقابل أثار مشاكل أكبر ورتب أثارا أعمق لا يحمد عقباها، مع ظهور الصعوبة في تحديد نسب هذا المولود الناجم من ماء غير الزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول
تحديد نسب المولود الناجم من ماء الزوجين

تتحقق ولادة الطفل من ماء الزوجين إذا تم تلقيح المرأة إصطناعيا ومباشرة داخل رحمها، أو حدث التلقيح بين بويضتها ومني زوجها داخل أنبوب الإختبار لتعاد اللقيحة وتزرع في الرحم فيكتمل نمو الجنين.

وبإعتبار أنه في كلتا الحالتين تلقح البويضة بمني الزوج، فإن تحديد نسب المولود هنا لا يطرح إشكالا (أولا). المشكل يثار في الحالة التي يتوفى فيها الزوج فتلجأ المرأة إلى عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة زوجها المتوفى عنها ليولد الطفل بعد المدة المحددة قانونا (ثانيا).

أولا: تحديد نسب المولود الناجم عن ماء الزوجين أثناء حياة الزوج

إذا كان الزوج على قيد الحياة وعبر عن رضاه بخضوع زوجته لعملية التلقيح الإصطناعي بواسطة نطفته، فإن المولود الناجم عن هذه العملية ينسب إلى الزوجين كما لو كان قد ولد نتيجة الإنجاب الطبيعي لا الإصطناعي .

طبقا للقانون الفرنسي، وباعتبار أن المشرع أجاز كما سبق الذكر[1]، هذا النوع من التلقيح، فإن المولود الناجم عن العملية إما أن يكون إبنا شرعيا وإما أن يكون إبنا طبيعيا، وذلك حسب نوع العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة.

فإن كانا متزوجين، فإن عقد الميلاد يثبت النسب من جهة الأم وقرينة الأبوة الشرعية تطبق. ولهذا نقول بأن الإبن يعتبر إبنا شرعيا وينسب إلى الزوجين أي والديه البيولوجيين وهذا إستنادا لنص المادة 312 فقرة 01 من القانون المدني التي تنص على أنه:

« L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ».

واستثناءا يمكن للزوج أن ينكر أبوته للمولود إذا أثبت حقيقة أن لا علاقة بيولوجية تربطه به طبقا للفقرة الثانية من المادة ذاتها التي جاء فيها:

«Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père ».

وإن الإثبات في هذه الحالة لا يعد سهلا خصوصا إذا خضعت الزوجة لعملية التلقيح الإصطناعي في حضوره، اللهم إلا إذا أثبت تواطؤ الطبيب معها، أو أنها أقامت علاقة غير شرعية مع رجل أخر أثناء مراحل التلقيح الإصطناعي .

هذا ويجب أن يسجل المولود فور ولادته تحت اسم أمه واسم أبيه. أما إذا تم تسجيله دون الإشارة إلى اسم والده، فإن قرينة الأبوة تستبعد تطبيقا لنص المادة 313 ـ 1 من القانون المدني، إذ نصت على:

«La présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère ».

وإذا كان المشرع قد أقر بإمكانية إستبعاد قرينة الأبوة، وإلحاق نسب المولود إلى والدته فقط فإنه بالمقابل أعطي الفرصة للزوج بالمطالبة بإعادة الإعتراف له بأبوته تجاه المولود وذلك بعد مراعاة الشروط الواردة الذكر بالفقرة الثانية من نص المادة 313 - 2 من القانون المدني، إذ جاءت على النحو التالي:

« Chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis, en justifiant que dans la période légale de la conception une réunion de fait a eu lieu entre eux, qui rend vraisemblable la paternité du mari».

[1]- أنظر، الفصل الأول، المبحث الأول، المطلب الأول بعنوان التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج، ص.13 من هذه الدراسة.

أما إذا كان الرجل والمرأة على علاقة حرة، فإن المولود يعتبر إبنا طبيعيا ويرتبط بأبويه بعد أن يعترف به والده البيولوجي. وفي حالة عدم اعترافه به يمنح النسب الطبيعي بناء على تصريح قضائي بعد إتخاد إجراء البحث عن الأمومة أو الأبوة، وهذا استنادا للفقرة الأول من المادة 334 - 8 من القانون المدني التي نصت على:

« La filiation naturelle est légalement établie, soit par reconnaissance volontaire, soit par déclaration judiciaire, à la suite d'une action en recherche de paternité ou de maternité ».

وكذلك بناء على الفقرة 01 من المادة 340 من نفس القانون إذ نصت على:

« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée ».

استنادا لما تقدم ذكره، نلاحظ أنه طبقا للقانون الفرنسي، يعامل المولود الناجم عن ماء الزوجين إصطناعيا بنفس الطريقة التي يعامل بها المولود الناجم عن الإنجاب الطبيعي حيث يمنح له النسب الشرعي إذا كان أبويه البيولوجيين مرتبطين بعقد قران[1] ، ويمنح له النسب الطبيعي إذا كان أبويه يقيمان علاقة حرة[2].

من ينقلب النظر في القانون الجزائري، يجد أن المشرع بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أجاز أسلوب التلقيح الإصطناعي شريطة أن يتم ذلك بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة وأن يعبرا عن رضاهما، مع قيام العلاقة الزوجية بينهما. فالمفروض أنه متى توافرت هذه الشروط وخضعت الزوجة للعملية فنتج عنها ولادة طفل، فهذا الأخير يعد إبنا شرعيا وبيولوجيا للزوجين.

إن إضفاء صفة الشرعية على نسب المولود يعد أمرا منطقيا طالما أنه يحمل صفاتهما الوراثية وولد أثناء قيام العلاقة الزوجية، إذ أن رابطة الزواج تعتبر سببا لثبوت النسب. فكل نسل ينتج من مخالطة الرجل بالمرأة يعد إبنا شرعيا لهما وتثبت البنوة للزوج الذي تربطه بمن أنجبت عقد قران[3]، المشكل لا يثار هنا، إنما يطرح عند مراجعة نص المادة 41 من قانون الأسرة

---

[1]- نظم المشرع الفرنسي قرينة الأبوة الشرعية بناء على مواد من 312 إلى 318- 2 من ق.م .

[2]- نظم الآثار المترتبة على نسب الطبيعي بموجب المواد من 331 إلى 334- 10 من نفس القانون.

[3]- أنظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ع.03، ص.4 – 5 .

إذ تنص هذه الأخيرة على أنه:"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة".

إن نص هذه المادة لا يتماشى مع التطور الطبي، فالتلقيح الإصطناعي لا يتصور معه الإتصال الجنسي إنما تلاقي البويضة بالمني بطرق إصطناعية، لذلك ينبغي على المشرع وحتى تتسق المادة 41 من قانون الأسرة مع المادة 45 مكرر من نفس القانون أن يضيف إلى المادة 41 عبارة إذا أمكن الإتصال أو تلاقي البويضة مع المني.

من جهة أخرى، لم يبين المشرع الجزائري ما إذا تعلق الأمر بتلقيح البويضة بالمني داخليا أم يتعلق الأمر أيضا بإباحة أسلوب التلقيح داخل الأنبوب. لكن على الأرجح أن الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي بعد إحداث تلاقي البويضة مع المني داخل الأنبوب يعد إبنا شرعيا لهما ولا مجال للشك في نسبه إلى والديه. وفي هذا يقول الشيخ محمد مأمون "فإذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوبة ثم وضعت في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال وينسب المولود للأب والأم"[1].

على العموم لا يطرح نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بماء الزوجين مشاكل عديدة وصعوبات خاصة، التساؤل يثار عندما تلجأ المرأة إلى التلقيح الإصطناعي بنطفة زوجها بعد وفاته لتضع مولودا فهل ينسب هذا المولود إلى الأب المتوفى؟

ثانيا: تحديد نسب المولود الناجم من ماء الزوجين بعد وفاة الزوج

سبق أن توصلنا في دراستنا سابقا أن كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري لم يجيزا عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج بعد وفاته إذ اشترطا أن يعبر هذا الأخير عن رضاه، و أن لا تجرى العملية إلا في حضوره. غير أن السؤال الذي يثار في هذا الصدد ماذا لو خضعت المرأة فعلا للعملية بعد وفاة زوجها وتكللت بولادة الطفل، إلى من ينسب هذا الأخير؟

[1]- أنظر، الشيخ مأمون محمد، طفلة الأنابيب الشرعية، جريدة الجمهورية المصرية، 1978/03/18، مقتبس عن تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 104.

إذا نظرنا إلى القانون الفرنسي نجد أنه لم يتضمن نصا خاصا يعالج هذه الحالة لهذا يتعين الرجوع إلى القواعد العامة وتحديدا المادة 315 من القانون المدني التي تنص على أن:

« La présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, ni en cas d'absence déclarée du mari, à celui qui est né plus de trois cents jours après la disparition ».

إن تطبيق نص المادة المذكورة أعلاه على حالة الطفل الذي يولد بعد خضوع والدته لعملية التلقيح الإصطناعي بعد وفاة زوجها، يدفع إلى القول أن المولود لا يكتسب نسبا شرعيا و لا ينسب إلى والده على الرغم من أنه في الواقع يعتبر والده البيولوجي باعتباره يحمل صفاته الوراثية. والسبب يرجع إلى أن تنفيذ عملية التلقيح الإصطناعي تستغرق مدة طويلة تفوق السنتين في بعض الأحيان وذلك نظرا للإجراءات المعقدة والطويلة الواجب إتخاذها. وعلى هذا الأساس فإن الطفل الناجم عن هذا الأسلوب سيولد لا محال بعد مرور الأجل القانوني المحدد ب 300 يوما بعد الوفاة.

إستنادا لما تقدم، فإن المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بعد وفاة والده يلحق بوالدته فقط، أي يثبت له النسب الطبيعي دون النسب الشرعي.

من جهته المشرع الجزائري هو الأخر، وعلى غرار المشرع الفرنسي لم يعالج بحق نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، وبالتالي لا بد من الرجوع إلى قانون الأسرة، تحديدا المادة 43 منه التي نصت على أنه:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة".

هذه المادة لا تتماشى مع أسلوب التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، فمدة عشرة أشهر المحددة قانونا تعد جد قصيرة مقارنة مع ما يتخذه الحمل الإصطناعي من مدة.

إستنادا عليه، إذا لجأت الزوجة لهذا النوع من الأسلوب بالرغم من أنه غير جائز شرعا وقانونا، ووضعت مولودا فإن هذا الأخير يعتبر إبنا غير شرعي ويلحق نسبه بأمه فقط على الرغم من حقيقته البيولوجية. هذا عن نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة، فماذا عن نسبه من ماء غير الزوجين؟

الفرع الثاني

تحديد نسب المولود الناجم من ماء غير الزوجين

إذا كان تحديد نسب المولود الناجم عن ماء الزوجين لا يثير مشاكل أو صعوبات خاصة، فإن الأمر يختلف إذا ولد الطفل من ماء غير الزوجين، إذ أن تدخل طرف أجنبي في العلاقة سيؤدي لا محال إلى إختلال توازنها وتتحقق ولادة الطفل من ماء غير الزوجين في حالة التبرع سواء بالمني أو البويضة (أولا)، وكذلك في حالة استئجار الرحم (ثانيا)، وفي كلتا الحالتين تثار مشكلة من هو إبن من؟ أينسب الطفل للزوجين طالبي الإستفادة من التلقيح الإصطناعي؟ أم ينسب لمن تبرع وساهم في وضعه إلى الوجود؟

أولا: تحديد نسب الطفل في حالة ولادته بعد التبرع

من بين الإكتشافات التي أفرزها التطور العلمي، ولادة طفل عن طريق التبرع بالمني أو البويضة. فإذا كنا أمام الحالة الأولى، فهذا يعني أن المولود سيكون له علاقة ثلاثية: أولا علاقة مع أمه البيولوجية باعتبارها صاحبة البويضة والمتسببة في الحمل والوضع، ثانيا علاقة مع المتبرع كونه أبيه البيولوجي، وأخيرا، علاقة مع زوج والدته الذي يصبح بعد الولادة والده القانوني.

أمام هذه العلاقة الثلاثية تثار مشكلة تحديد النسب. هل ينسب المولود لأبيه البيولوجي؟ أم أن هذا النوع من التلقيح يستدعي إلغاء الأبوة البيولوجية وإستبدالها بالأبوة القانونية؟

أما إذا كنا أمام الحالة الثانية، فهذا يعني أن المولود سيكون له أب بيولوجي وحيد. أما من جهة الأمومة فيرتبط بصاحبة البويضة والمرأة التي حملته ووضعته.

وهنا يثار الإشكال هل ينسب المولود للمتبرعة بإعتباره يحمل صفاتها الوراثية، أم أنه ينسب إلى المرأة التي وضعته باعتبار أن الأمومة تسري بالوضع؟

بالرجوع إلى القانون الفرنسي، نجد أن المشرع أضفى صفة الشرعية على هذا النوع من التلقيح، هذا ما يجرنا إلى التساؤل عما إذا كان ذلك يعني اعترافه بشرعية المولود؟

للتوصل إلى إيجاد إجابة عن هذا التساؤل، ينبغي التفرقة بين حالتين لكون أن المشرع الفرنسي قد فتح الباب أمام كل من المتزوجين ومن تربطهما علاقة حرة باللجوء إلى التلقيح الإصطناعي.

إذا كنا بصدد قيام علاقة زواج شرعي بين المستفيدين من التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، يعتبر المولود إبنا شرعيا وينسب إلى أمه البيولوجية وزجها شريطة أن يعترف به هذا الأخير قبل الولادة، ويسجل تحت اسمه واسم والدته. أما إذا ولد وسجل تحت اسم والدته فقط دون ذكر اسم زوجها فإن قرينة الأبوة تستبعد ويلحق بأمه فقط وهذا تطبيقا لنص المادة 313-1 من القانون المدني.

هذا ونشير إلى أن المشرع الفرنسي بموجب قانون 1994 وضع حماية لنسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير، حيث أنه أقر بمبدأ جديد ألا وهو: النسب غير قابل للمنازعة " la Filiation incontestable" . مفاد هذا المبدأ، أن الزوج حينما يعبر عن رضاه بخضوع زوجته لعملية التلقيح الإصطناعي بمني رجل أخر، لا يمكنه بعد ذلك أن يشكك في شرعية هذا النسب، وهذا إستنادا للفقرة الثانية من نص المادة 311-20 من القانون المدني التي جاء فيها:

« Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état.... ».

هكذا نجد أن نسب المولود مرتبط ارتباطا وثيقا بالتعبير عن الرضا، وأن علاقته بالزوج متوقفة على إلتزام هذا الأخير بمعاملة الطفل كما لو كان إبنه البيولوجي[1]. لكن إذا كان المبدأ العام ينص على أن الرضا يستبعد كل محاولة للتراجع أو منازعة النسب الشرعي، فإنه إستثناءا توجد حالات تجعل النسب الشرعي قابلا للتشكيك فيه وهو ما جاء طبقا للشطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة 311-20 من القانون المدني بقوله:

« le consentement donné à une procréation ....., à moins qu' il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ».

[1] Cf. Patrick COURBE, op.cit., p.365.

من خلال هذا النص نستخلص أن هناك حالتين تسمحان بالمطالبة بإسقاط النسب الشرعي، تتمثل الحالة الأولى في إثبات أن الطفل لم يكن نتيجة لعملية تلقيح إصطناعي إنما نجم عن خيانة زوجية – علاقة الزنا بين الأم والمتبرع – .المشكل في هذه الحالة يكمن في صعوبة الإثبات، إذ أن مبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع يصعب الأمر على الزوج في إثبات أن المتبرع كان عشيقا لزوجته أثناء مراحل التلقيح الإصطناعي، وحتى وإن تحصل على الأدلة والمعلومات الضرورية التي تثبت ذلك، تواجهه صعوبات في الإجراءات لأن العشيق لا يكون حاضرا أثناء المحاكمة. هذا وبمفهوم المادة 311 –11 من القانون المدني[1] لا يملك القاضي السلطة في استدعاء المتبرع ووضعه محل إتهام إلا إذا تأسس في محاولة لإجراء البحث عن الأبوة الطبيعية[2].

للإشارة، ذا كان الزوج يواجه صعوبات في إلغاء أبوته، فإن الزوجة على عكس ذلك، تتوافر لديها تسهيلات من أجل إلغاء أبوة الأب للمولود إذ يكفي أن تبتعد عن تطبيق نص المادة 311-1 من القانون المدني من أجل إستعمال المادة 334-9 من نفس القانون[3]. وإذا كان المولود حقيقة ناجم عن إتصال جنسي بينها وبين عشيقها فإنها بتطبيقها المادة 318 من القانون المدني[4] يمكنها إلغاء هذه الأبوة[5].

نظر لصعوبة إثبات قيام علاقة زنا بين المتزوجة والمتبرع، وصفت هذه الوضعية بالمخجلة، لأنها تسمح بإلغاء الأبوة الشرعية للمولود على أساس مجرد إتهامات "Allegations" لتنتهي في بعض الأحيان بعدم التوصل إلى نتيجة. لهذا فإن إثبات أن المولود غير ناجم عن عملية التلقيح الإصطناعي ليس بالأمر الهين[6].

---

[1]- Cet article dispose que : «Pareillement quand, sur l'une des actions ouvertes par les articles 340 et 342 ci-dessous, il est opposé une fin de non recevoir ou une défense tirée de ce que la mère a eu, pendant la période légale de la conception, des relations avec un tiers, le juge peut ordonner que celui-ci soit appelé en la cause ».

[2]- Cf. Patrick COURBE, op.cit., p.366.

[3]- Cet article édicte que: toute reconnaissance est nulle, toute demande en cherche est irrecevable, quand l'enfant à une filiation légitime déjà établie par la possession d'état.

[4]- Cet article dispose que: même en l'absence de désaveu la, mère pourra contester la paternité du mari, mais seulement aux fins de légitimation, quand elle se sera, après dissolution du mariage, remariée avec le véritable père de l'enfant.

[5]- Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.494.

[6]- Cf. Patrick COURBE, op.cit., p.366; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.492.

أما الحالة الثانية، والتي تسمح بالطعن في النسب الشرعي، تتجلى في كون الرضا لم يعد فعالا. والحالات التي تجعل هذا الأخير غير معتد به، تتمثل في حالة الوفاة، وفي حالة اتخاذ إجراءات الطلاق أو الإنفصال الجسماني، وفي حالة توقف العلاقة الحرة. يشرط أن نكون أمام هذه الحالات قبل البدء في تنفيذ عملية التلقيح الإصطناعي كي يمكن للزوجين أو الرفيقين التراجع عن هذا الرضا وذلك شريطة أن يتم تعبير عن التراجع كتابيا وأمام الطبيب المكلف بإجراء العملية.

نستخلص مما سبق أنه بعيدا عن هذين الإستثناءين إذا قرر الزوجين اللجوء إلى أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير وعبر الزوج عن رضاه أمام الموثق أو القاضي فإن المولود يعتبر إبنا شرعيا يلحق نسبة بأمه البيولوجية وزوجها أي والده القانوني. فهل ينطبق نفس الحكم إذا ربطتهما علاقة حرة؟

إن الأمر يختلف إذا كنا بصدد قيام رابطة حرة لا تقل عن السنتين بين الرجل والمرأة طالبي الإستفادة من التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، فالإبن الناجم عن هذا الأسلوب لا يعتبر إبنا شرعيا إنما يعد إبنا طبيعيا ويلحق نسبه بأمه ورفيقها الذي يفترض أن يكون قد إعترف به قبل ولادته. هذا وقد منح المشرع الفرنسي لهذا الإعتراف قوة خاصة إذ لا يمكن للرفيق بعد إعترافه بالمولود الرجوع للمطالبة بإلغاء الإعتراف وإسقاط النسب، اللهم إلا إذا توافرت إحدى الحالتين المذكورتين بالمادة 311 –20 من القانون المدني[1].

وإذا عبر عن رضاه بخضوع خليلته لهذا النوع من التلقيح أمام القاضي أو الموثق، وبعد ولادة الطفل إمتنع عن الإعتراف به فإن القانون سمح للأم بأن تتخذ أحد الحالين:

1- إما أن تطالب رفيقها بتعويضها وتعويض إبنها عن الأضرار المادية والمعنوية المترتبة عن هذا العدول بإعتبار أن المشرع أقر بمسؤولية الرفيق إتجاه الأم ومولودها هذا إستنادا للفقرة الرابعة من نص المادة 311 - 20 من القانون المدني التي نصت على أنه:

[1] - L'art.311-20 al.02 du c.civ. dispose que : « Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ».

«Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ».

2- أو أن يتخذ ضده إجراء البحث عن الأبوة الطبيعية. وفي هذه الحالة إذا تأكد القاضي من أن الرفيق عبر عن رضاه الصحيح بخضوع رفيقته لهذا الأسلوب من التلقيح، ثم رفض الإعتراف بالمولود، يعلن عن ثبوت الأبوة الطبيعية وهذا تطبيقا للفقرة الخامسة من نص المادة 20-31 من القانون المدني التي تنص على أن:

«En outre, est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 et 340-6 »

الملاحظ أن القاضي في هذه الحالة، خلافا للقواعد العامة التي تشترط حتى يقوم القاضي بالإعلان عن الأبوة الطبيعية أن يقدم له الدليل على وجود رابطة بيولوجية بين المولود والأب، يصدر حكمه بثبوت الأبوة الطبيعية بالرغم من تأكده من أن الرفيق لا يعتبر الأب البيولوجي للطفل، وهذا مراعاة لمصلحة هذا الأخير، إذ يحمل الرفيق على قبول هذه الأبوة حتى وإن كان يرفضها. وهو ما اصطلح عن تسميته بالأبوة المرغمة "La paternité forcée". وعلى هذا الأساس، يرى بعض الكتاب أنه لتفادي هده الحالة كان على المشرع أن يجعل الرضا في مترله الإقرار[1].

مما تقدم نجد أن المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير يعتبر إبنا طبيعيا للشخصين طالبي الإستفادة من هدا الأسلوب والدين تربطهما علاقة حرة.

تجدر الإشارة إلى أنه سواء اعتبر الابن ابنا شرعيا أو ابنا طبيعيا، فإن نسبه يلحق بوالدته وبزوجها أو رفيقها الذي يصبح بعد الاعتراف به والده القانوني، فهل هذا يعني استبعاد الأبوة البيولوجية تماما وقطع كل علاقة بين المولود ووالده البيولوجي؟

الحقيقة، أن المشرع الفرنسي أجاب عن هذا التساؤل بصراحة بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 311-19 من القانون المدني التي نصت على أنه:

« En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation ».

[1]- Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.493.

جاءت هذه الفقرة واضحة وصريحة إذ تستبعد الأبوة البيولوجية تماما لتحل محلها الأبوة القانونية. وقد إعتمد المشرع هذا الحل من أجل مراعاة مصلحة المولود وضمان استقرار وأمن الأسرة. هذا وقد وردت هذه الفقرة كنتيجة حتمية ومنطقية للمبدأ المكرس من قبل المشرع بموجب المواد 16- 8 من القانون المدني، و152- 5 فقرة 03 من قانون الصحة العامة، وكذا المادة 673 – 7 من نفس القانون، والمتمثل في مبدأ سرية التبرع.

تعرض المشرع للنقد، كون أنه منح للمولود أبوة كاذبة غير أبوته الحقيقية، ناهيك عما قد يعترض له الطفل من مشاكل نفسية بعد إكتشافه للحقيقة. لهذا ينصح علماء النفس البسيكولوجي الأم والأب القانوني بضرورة إطلاع المولود على الحقيقة حفاظا على توازنه النفسي، حتى وإن كان ذلك سيدفعه إلى البحث عن والده البيولوجي[1]. ومن جهة أخرى، يتعارض نص الفقرة المذكور أعلاه مع نص المادة 07 من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي نصت على أن:" للطفل الحق في نطاق الممكن، في معرفة والديه وأن تتم تربيته من طرفهما"[2] .

والواقع، لم يكتف المشرع الفرنسي بالنص على إستبعاد أي رابطة أو علاقة بين المولود والمتبرع، إنما أضاف أن المتبرع لا يتحمل أية مسؤولية في مواجهة المستفيدين من التبرع. ولا في واجهة ابنه إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 311–19 من القانون المدني على أنه:

« Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

إذا كان المشرع أراد حماية المتبرع عندما نص على هذه الفقرة، فإن هذه الأخيرة لا تتماشى مع بعض الحالات، إذ من غير المعقول أن لا يسأل المتبرع في حالة ما إذا قام بالتبرع وهو على علم بأنه يحمل أمراض وراثية من الممكن جدا انتقالها إلى المستفيد من التبرع أو المولود. فتحرير المتبرع من كل مسؤولية عن خطئه، دون وضع نظام لتعويض المتضررين يعتبر أمرا غير عادل، والقول هنا بمسؤولية المركز لوحده أيضا غير منطقي لأن المركز مسؤول عن أخطائه لا أخطاء غيره[3]. بهذا نجد أن الفقرة المذكورة أعلاه تتعارض مع نص المادة 1382 من القانون المدني التي تنص على أنه:

[1]- Cf. Marina CARRERE d'ENCAUSSE et Michel CYMES, op.cit., p.103.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.109.

[3]- Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.247.

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

وأن المجلس الدستوري قد أكد هو الآخر في قراره الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1982، على المسؤولية الشخصية واعتبر أن الشخص لديه كامل الحق في أن يحترم، لكن ليس له الحق في أن يعامل كعديم المسؤولية ، وقد وردت العبارة التالية في قراره :

"Nul ne peut être exonéré de sa responsabilité, pour un acte accompli librement" [1].

نستخلص أنه طبقا للقانون الفرنسي يقتصر دور المتبرع على التبرع فقط، وما يترتب عن هذا الفعل لا يتحمله، إذ يفقد حقه في ممارسة أبوته البيولوجية وينفذ من المسؤولية المدنية، في حين أن طالبي الإستفادة يحتفظان بالمولود الذي ينسب إليهما ويعامل على أنه ابنا شرعيا للزوجين، أو ابنا طبيعيا للرفيقين. هذا وكان لزاما على المشرع الفرنسي أن يعالج مسألة نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير لأنه أضفى الشرعية على هذا الأسلوب.

بالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد أنه بالرغم من أن المشرع سكت عنه معالجة مسألة نسب المولود الناجم عن التبرع بمني رجل أجنبي أو بواسطة امرأة أجنبية إلا أن القول بشرعية المولود يعتبر أمرا غير منطقي ومخالفا لجميع النصوص القانونية المنظمة للنسب الشرعي.

ختاما بما أن هذا الأسلوب يعتبر غير شرعي لإنعدام رابطة الزواج بين المرأة والمتبرع فإن الطفل الناجم عنه هو ابن زنا ينسب إلى أمه البيولوجية. وفي هذا الصدد يقول الشيخ جاد الحق علي جاد الحق:" فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الإصطناعي لا ينسب إلى الأب جبرا، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما"[2].

إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لنسب الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير فما هو الحكم إذا تعلق الأمر بنسب من وضعته أم حمالة.

---

[1]- Cf. Conseil d'Etat, op.cit., p.222.

[2]- أنظر، الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، التلقيح الإصطناعي، 1989/03/23، الفتاوى الإسلامية، ع.9، ص.3213 وما بعدها، مقتبس عن تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.104.

ثانيا : نسب الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي بعد تدخل الأم البديلة

سبقت الإشارة[1] إلى أن عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة تتم بطريقتين، فإما أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها لتزرع بعدها اللقيحة داخل رحم امرأة أجنبية، وفي هذه الحالة يثار مشكل تحديد نسب الطفل، هل ينسب إلى المرأة الأولى بإعتبارها صاحبة البويضة، أم ينسب إلى المرأة الثانية بإعتبارها منبع تغذيته[2]؟

وإما أن يتم تلقيح بويضة المرأة المستعارة بمني الزوج لتعاد اللقيحة وتزرع داخل رحم هذه الأخيرة، وفي هذه الحالة نرى أن صاحبة البويضة هي نفسها مستأجرة الرحم، فهل ينسب الطفل إليها، أم أنه يلحق بالزوجة العقيمة بالرغم من أنه لا تربطه بها أية علاقة؟

من يتمعن النظر في القانون الفرنسي يجد أنه إذا كان بالإمكان إجراء تمييز بين الطريقتين المذكورتين أعلاه، فإنه لا يعطي أهمية لهذا التميز، إذ لا يرى إختلافا بينهما، فسواء كانت الأم البديلة مستأجرة لرحمها فقط، أو كانت هي صاحبة البويضة والرحم معا فإنها في كلتا الحالتين المرأة التي تضع الحمل، وبإعتبار أن المشرع الفرنسي يعتد بمبدأ "الأمومة تنتج بالوضع" " La maternité découle de l'accouchement "، الذي يمكن استخلاصه من نص المادة 341 فقرة 02 من القانون المدني التي نصت على أنه:

« L'enfant qui exerce l'action sera tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue est accouchée ».

ومن جهة أخرى، يقضي ببطلان كل إتفاق بشأن إجراء التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة طبقا للمادة 16 –7 من القانون المدني. فهل هذا يعني أن نسب المولود يلحق بالأم البديلة طالما أنها تحملت آلام الحمل والوضع فتتمسك بتطبيق المادة 341 فقرة 02 من القانون المدني، خاصة وأن المادة 16 – 7 من ذات القانون تجعلها بعيدة عن كل مسؤولية؟

---

[1]- أنظر، الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الثاني بعنوان التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، ص.107 من هذه الدراسة.

[2]- من هنا نلاحظ كيف غير هذا الأسلوب من التلقيح مهمة الأم التقليدية. فبعدما كانت مهمتها وحدة متكاملة، إذ تتحمل جميع مراحل الحمل من بدايته إلى حين الولادة. أصبحت اليوم متجزئة ومحدودة، إذ يقتصر دور الأولى على تخليق الجنين، بينما تكمن مهمة الأخرى في تغذيته ووضعه. راجع في هذا الصدد:

Choukri KALFAT, Les problèmes engendrés par la procréation artificielle, R.S.J.A., 2006, n.4, p.30.

في الحقيقة، سكت المشرع الفرنسي عن بيان نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، لكن بالرجوع إلى الأحكام القضائية نجد أنه جرى العمل أن يولد الطفل ويسجل تحت إسم والده البيولوجي، غير أنه لا يسجل تحت إسم الأم البديلة والتي تعد أمه البيولوجية، إنما يسجل تحت إسم زوجة أو رفيقة والده بعد أن تتخذ هذه الأخيرة إجراءات التبني.

نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي نظم التبني وفقا لقانون 66 —500 المؤرخ في 11 جوان 1966 والذي أضاف بموجبه المواد من 340 إلي 370 فقرة 02 من القانون المدني، بعدها ثم تتميمه وتعديله بالقانون رقم 76 — 1179 المؤرخ في 22 ديسمبر1976، ثم بالقانون رقم 93-22 المؤرخ في 8 جانفي 1993. وقد تم إلغاء هذا الأخير بموجب القانون رقم 05-744 المؤرخ في 04 جويلية 2005[1].

فمتى توافرت شروط التبني المتمثلة في بلوغ طالب التبني سن الثلاثين سنة، وأن تنقضي على زواجه خمس سنوات على الأقل ضمانا لإستقرار الأسرة[2]، وأن يكون فارق السن بين الطفل المتبنى وطالب التبني خمسة عشر سنة على الأقل[3]، أمكن للزوجة العقيمة أن تقدم طلب التبني أمام المحكمة الإبتدائية. وهذه الأخيرة إما أن تقضي بمنحها التبني البسيط، أو تحكم لها بالتبني الكامل، علما أن الفرق بين النوعين يكمن في أن التبني البسيط يبقي الطفل المتبنى محتفظا بإسمه وإسم عائلته الأصلية ويضاف إليه إسم عائلته الجديدة، فيثبت له حق الإرث من كل العائلتين، كما يمكن الرجوع فيه. أما التبني الكامل يجعل الطفل المتبنى يفقد إسمه وإسم عائلته الأصلية فيحمل لقب العائلة التي تبنته ويصبح وارثا لها ولا يمكن الرجوع فيه[4].

إن الحل المعتمد من قبل المحاكم الفرنسية جاء فقط لحماية مصلحة المولود وتماشيا مع المواثيق الدولية التي تحمي هذه المصلحة، منها خاصة المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على ضرورة التكفل بالطفل منذ ولادته دونما إعتبار لظروف حمله وولادته. وإلى جانبها الإتفاقية الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل الموقع عليها من قبل فرنسا في 26

[1]-Cf. La loi n.2005-744, du 04/07/2005 portant réforme de l'adoption.
[2]-Cf. Art 343 du c.civ.
[3]-Cf. Art 344 du c.civ.

[4]- أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.80-81.

جانفي 1990 والمصادق عليها بالمرسوم رقم 90 -917 المؤرخ في 08 أكتوبر 1990 حيث جاء في المادة الثالثة الفقرة الأولى منها على:" أن كل القرارات التي تمس بالطفل يجب أن تكون مصالحه هي الهدف الأسمى الذي يجب مراعاته".

هذا ويمكن إستخلاص أساس مصلحة الطفل من المادة 374 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للقاضي منح السلطة الأبوية للأب إذا رأى في ذلك مصلحة للطفل. وتضيف الفقرة الرابعة من نفس المادة أن القاضي يمكنه منح حق الزيارة للوالد الذي لا يملك ممارسة السلطة الأبوية. إذا كانت مصلحة المولود تستدعي اتخاذ إجراءات التبني فهذا لا يعني أن القضاء مجبر في جميع الحالات بقبول طلب التبني، إذ يمكنه أن يحكم بأن ينضم المولود لأسرة أبيه البيولوجي فتقوم زوجته بممارسة حق التربية والحضانة بالرغم من عدم وجود علاقة بيولوجية ولا قانونية تربطها بالطفل إنما تكتفي بمعاملته كما لو كان إبنا لها، وهذا حتى لا يتم تشجيع اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح[1].

مما تقدم نجد أنه بالرغم من أن المشرع الفرنسي لم ينص صراحة عن مواقفه من نسب الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة، إلا أن الاجتهادات القضائية ابتكرت حلا لذلك تحت ستار مصلحة المولود، وبهذا سدت الفراغ التشريعي.

وأما في القانون الجزائري، نجد أن المشرع إكتفى بإضفاء عدم الشرعية على هذا الأسلوب من التلقيح، دون تقرير عقوبة جزائية ولا معالجة للآثار المترتبة عن اللجوء فعلا إليه. أمام هذا الفراغ التشريعي، يمكن القول أنه إذا كانت الأم البديلة هي صاحبة البويضة والرحم معا فهذا يعني أنها الأم البيولوجية للمولود، لكن هذا الأخير لا يمكن أن يكون إلا إبنا غير شرعي، وذلك لإنعدام رابطة الزواج بين والده البيولوجي والأم البديلة. وطالما أن المشرع يشترط قيام العلاقة الزوجية لثبوت النسب الشرعي وهذه الأخيرة غير متوفرة، فإن المولود ينسب إلى أمه البيولوجية فقط أي إلى الأم البديلة ولا علاقة له بالزوجة.

تتأزم الأمور في الحالة التي تكون فيها الأم البديلة مستأجرة لرحمها فقط بينما تكون صاحبة البويضة هي الزوجة. هنا كان على المشرع أن يتدخل لبيان موقفه، خاصة وأن جانب

[1]- Cf. Roberto ANDORNO, op.cit., p.265.

كبير من الفقه يرى أن المولود في هذه الحالة ينسب للزوجين وسنده في ذلك أن العملية تمت بإستعمال بويضة الزوجة ومني زوجها في إطار قيام علاقة زوجية شرعية، وأن الأم البديلة لم تشارك في تخليف البويضة الملقحة، وأن رحمها قد أدى دورا وظيفيا لا أكثر، فهو يشكل وعاء للجنين ومكانا لتغذيته ولا دور له في إكتساب الصفات الوراثية، فهذا الأخير تستقل به النطفة الملقحة من مني الزوج وبويضة الزوجة، ما يجعل العلاقة الوراثية أعمق من تغذية الجنين[1].

أضف إلى ذلك، فإن إستدخال البويضة الملقحة داخل الرحم يستبعد تماما إختلاط ماء الزوج بماء الأم البديلة.

إستنادا لذلك، يرى هذا الإتجاه أنه يشترط لثبوت نسب المولود للزوجين في نظام الأم البديلة الشروط التالية:

- قيام علاقة زوجية بين الرجل، صاحب المني، والمرأة، صاحبة البويضة؛
- أن يتم تلقيحهما داخل أنبوب إختبار؛
- أن يستغرق الحمل في رحم الأم البديلة المدة المعلومة طبيا.

بتوافر هذه الشروط ينسب المولود إلى أبويه البيولوجيين ويعد إبنها الشرعي أما الأم البديلة فيكون دورها مشابها لدور الأم المرضعة[2].

يبدو أن هذا الرأي الفقهي منطقي، فهل هذا يعني أنه على المشرع التدخل وإتخاذ نفس هذا الموقف؟

إذا كانت الإجابة بنعم ماذا عن المبدأ الذي كرسه بموجب المادة 43 من قانون الأسرة التي ربط المشرع من خلالها الأمومة بالوضع، إذ نصت على أنه:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من التاريخ الإنفصال أو الوفاة "؟

في الحقيقة، هذا المبدأ لا يتماشى مع التطور الطبي الذي يمنح الأولوية للحقيقية البيولوجية، ولا يعتبر الحل الأنجع للمشكل الذي تثيره مسألة النسب. وبهذا يبقى التساؤل

---

[1]- أنظر،مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.428 وما بعدها.

[2]- أنظر، مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2004، ع.02، ص.24 و 29.

مطروحا، هل نأخذ بما ذهب إليه الرأي الراجح من الفقه ونعتبر الإبن إبنا شرعيا للزوجين وهكذا نقصي دور الأم البديلة؟ أم نعتبره مثل الحالة الأولى- التي تكون فيها الأم البديلة صاحبة البويضة والرحم- إبنا غير شرعي، وذلك لتدخل طرف أجنبي في العلاقة ومساسه بقدسية الزواج؟

في إطار القانون الجزائري، لا يقف التساؤل عند هذا الحد، فبإعتبار المجتمع الجزائري مجتمع إسلامي يجيز تعدد الزوجات، يثار التساؤل حول الحالة التي يكون فيها الأم البديلة هي الزوجة الثانية للزوج صاحب المني، كيف يتم تحديد النسب هنا؟

يعاب مرة أخرى على المشرع الجزائري أنه أغفل معالجة هذه الحالة التي يمكن أن تقع من الناحية العملية، وهذا إنما يدل على نقص في معالجة مسألة التلقيح الإصطناعي من قبله بمختلف صورها وأساليبها وما يترتب عنها من أثار.

أما الفقه الإسلامي فقد اختلف في إثباث نسب المولود في هذه الحالة، إذ وبعد أن أجاز المجمع الفقهي الإسلامي أن تقوم الزوجة الثانية بالتبرع برحمها عند الضرورة وأثبت النسب للزوج الزوجة الأولى صاحبة البويضة، عدل عن رأيه ونص بتحريمها شرعا لما يترتب عنها من إختلاط في الأنساب وضياع لمعنى الأمومة، ناهيك عن المشاكل التي قد تنجم من جراء هذه العملية. فمن الممكن أن تحمل الزوجة الثانية بعد أن تزرع داخل رحمها لقيحة الزوجة الأولى، فتلد بذلك توأمين، هنا لا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، فيصعب تحديد من تعتبر أم من؟ ولو إفترضنا أنها أنجبت توأمين أحدهما يولد حيا والآخر ميتا، هنا لا يمكن معرفة من هي أم المولود الذي ولد حيا ومن هي أم من ولد ميتا؟ وماذا لو ولدا مختلفي الجنس لمن يكون الذكر ولمن تكون الأنثى؟

تفاديا لوقوع مثل هذه الحالات المستعصية كان من الضروري أن يعدل المجمع الفقهي عن موقفه[1].

---

[1]- أنظر، نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.231؛

Mostefa KHIATI, op.cit., p.61.

نفس الموقف تبناه الشيخ عبد الله كانون، إذ أقر في فتواه عن عدم جواز هذه العملية بالرغم من أن الأم البديلة هي الزوجة الثانية، وحجته في ذلك أنه لا يمكن أنه نقسم الأمومة إلى نصفين، فيكون للمولود والدتين أما حاضنة، وأخرى بيولوجية، غير أنه يرى أنه إذا تم فعلا اللجوء لهذه العملية ونتج عنها مولود فإنه ينسب إلى أمه البيولوجية.

على خلاف موقف المجمع الإسلامي وبعض مواقف الفقهاء الرافضة لفكرة إستئجار الرحم حتى لو كانت الأم البديلة زوجة ثانية للزوج، هناك جانب آخر أجاز هذه العملية[1]، وسنده في ذلك أن عدم المشروعية ينتفي لقيام العلاقة الزوجية بين الزوج صاحب المني والزوجة الأولى صاحبة البويضة، وكذلك قيام هذه العلاقة بينه وبين الزوجة الثانية صاحبة الرحم.

على هذا الأساس، إدخال نطفة ملقحة داخل رحم الزوجة الأخرى لا يتعارض مع القواعد الشرعية لإباحة الإنجاب ولا يؤثر في مشروعية الإجراء أو في نسب الطفل لأمه البيولوجية إذ العبرة بالخلايا التناسلية للرجل لا بتغذية الجنين[2].

إستنادا لما تقدم، يثار التساؤل حول ما إذا كان المشرع الجزائري قد تعمد إغفال معالجة وتحديد نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة نظرا لصعوبة ذلك وما يثيره من مشاكل، أم أنه ببساطة أغفل معالجته سهوا فوقع في فراغ تشريعي.

وكخلاصة لما تقدم ذكره من خلال هذا المطلب، نستنتج أنه إذا كان من السهل تحديد نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي بماء الزوجين سواء تم ذلك داخل الرحم مباشرة أو خارجه أي داخل أنبوب الإختبار، فإن الأمر لا يعد هينا حينما يتعلق بالتلقيح الإصطناعي بماء غير الزوجين فتدخل طرف أجنبي سيؤدي إلى مضاعفة معنى الأبوة أو مضاعفة معنى الأمومة. وأمام الحالتين يضطر المشرع إما إلى عدم معالجة الموضوع، أو الخروج عن القواعد العامة وذلك بإلغاء وتجاهل الأبوة أو الأمومة البيولوجية ليتم استبدالها بالأبوة أو الأمومة القانونية وهذا تفاديا للمشاكل، وتحقيقا لمصلحة المولود، وكذلك تماشيا مع التطور العلمي والإكتشاف الطبي والبيولوجي الذي وإن ساهم في القضاء على بعض المشاكل النفسية ووقف عائقا أمام فك

---

[1]- أنظر، برادة غزيول أمحمد، الأم البديلة أو الحمالة بغير وليدها، على الموقع: members.lycos.fr/berradarz/m3.htm

[2]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.441 و 422.

الرابطة الزوجية، فتح بابا واسعا لمشاكل أكبر وصعوبات أكثر تعقيدا مست بالأمور والمواضيع الأكثر أهمية وصلة بالأسرة والمجتمع على حد السواء.

إذا كان تحديد النسب ذو أهمية كبيرة لما يترتب عنه من آثار كالإسم والجنسية، النفقة، والحضانة، والميراث، فإن البحث عن طرق لإثباته لا تقل أهمية عن تحديده.

المطلب الثاني

طرق إثبات النسب

إن مسألة تحديد النسب لا تطرح صعوبات خاصة، فطبقا للقانون الفرنسي يجب ملاحظة نوع العلاقة التي تربط الرجل والمرأة. فإذا كانا متوجين، فإن الطفل يعد إبنا شرعيا لهما. أما إذا كانا مرتبطين بعلاقة حرة، فإن الطفل يعد إبنا طبيعيا. وبالنسبة للقانون الجزائري، فهو لا يعترف إلا بالعلاقات الشرعية، إذ يعتبر الطفل شرعيا متى كان أبواه مرتبطين بعقد قران. ماعدا ذلك، فإن الطفل يعد إبن زنا يلحق نسبه بالأم فقط.

وإذا كان نسب الطفل في غالب الأحيان لا يثير مشاكل، فإنه في أحيان أخرى قد يكون محلا للإنكار من قبل الزوج. وأمام هذا الإشكال تجد الأم نفسها مضطرة لإيجاد أدلة تمكنها من تبرئتها وإثبات نسب مولدها لزوجها.

ولذلك عمدت التشريعات إلى تسهيل الأمور على الزوجة، منها التشريع الفرنسي وكذا الجزائري الذين وضعا طرقا لإثبات نسب الطفل. هذه الطرق يمكن تصنيفها إلى قسمين: طرق تقليدية (الفرع الأول)، وأخرى جاءت نتيجة للتطور الطبي فسميت بالطرق الحديثة في إثبات النسب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطرق التقليدية في إثبات النسب

حدد المشرع الفرنسي وفقا للنصوص القانونية طرقا كلاسيكية يلجأ إليها من أجل إثبات نسب المولود، والملاحظ هو أن المشرع الفرنسي لا يعترف فقط بالطفل الناجم عن العلاقة الشرعية إنما يمتد هذا الإعتراف أيضا للطفل الناتج عن العلاقة غير الشرعية. لهذا قام المشرع بوضع طرق تسمح بإثبات نسب الطفل الشرعي وأخرى تثبت نسب الطفل الطبيعي (أولا).

المشرع الجزائري، وعلى خلاف نظيره الفرنسي نص على طرق لإتباث نسب الطفل الشرعي دون الطفل الطبيعي فهذا الأخير لا يعترف به مشرعنا إنما يعتبره ابن زنا (ثانيا).

أولا: الطرق التقليدية لإثبات النسب في القانون الفرنسي

بالرغم من أن المشرع الفرنسي عالج مسألة التلقيح الإصطناعي، إلا أنه لم يتطرق لبيان الطرق الواجب إتباعها من أجل إثبات نسب المولود الناجم عن هذه التقنية.

من أجل دلك يتعين الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لطرق إثبات نسب المولود الناجم عن الإنجاب الطبيعي ودراسة ما إذا كانت هذه النصوص تتماشى مع التطورات والإكتشافات الطبية الحديثة للإنجاب.

وكما هو معلوم، فإن المشرع الفرنسي يميز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فما هي طرق إثباث كل منهما؟

1- طرق إثبات نسب الطفل الشرعي

الطفل الشرعي هو ذلك الطفل الدي ولد في كنف رجل وإمرأة تربطهما علاقة زواج شرعي، ويلحق نسبه بوالدته التي وضعته وتطبق فورا قرينة الأبوة بمعنى أن الزوج هو الوالد الشرعي لهذا المولود.

إذا كانت هذه هي الحالة العادية، فإنه أحيانا يقوم الزوج بإنكار أبوته للمولود مما يضطر الزوجة إلى البحث عن طرق لإثبات نسبه إليه، و لتسهيل المهمة عليها قام المشرع بالنص على أدتة لثبوت النسب الشرعي وفقا للمواد من 319 إلى 328 من القانون المدني.

بالرجوع إلى هذه الأخيرة يمكن تقسيم هذه الأدلة إلى قسمين، يطلق على الأولى الأدلة غير القضائية (أ)، أما الثانية فتسمى الأدلة القضائية (ب).

أ- الأدلة غير القضائية لإثبات النسب الشرعي

بالرجوع الى النصوص القانونية نستخلص أن الأدلة غير القضائية تكمن في عقد الإزدياد "Acte de naissance"، والحالة الظاهرة للطفل "Possession d'état de l'enfant".

عقد الإزدياد:

يمكن إثبات نسب الطفل الشرعي عن طريق عقد الإزدياد المسجل لدى سجلات الحالة المدنية، وهذا إستنادا لما نصت عليه صراحة المادة 319 من القانون المدني حيت جاء فيها:

« La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrit sur les registres de l'état civil ».

إذا اشتمل العقد على ذكر إسم الأم وإسم زوجها على أنه الوالد، فإن هذا العقد تكون له قوة كبيرة في الإثبات، إذ يكفي أن تتمسك الأم بتطبيق نص المادة أعلاه لإثبات النسب في حالة إنكاره من قبل زوجها. وهنا يكون موقف الزوج ضعيفا اللهم إلا إذا تمسك بنص المادة 315من القانون المدني، وأثبت أن الطفل قد ولد بعد المدة المحددة، أي بعد مدة تفوق 300 يوما من فك الرابطة الزوجية، أو من غياب الزوج. لكن العقد قد يشمل على ذكر إسم الأم دون دكر إسم زوجها. في هذه الحالة يفترض أن الطفل هو إبن شرعي شريطة أن يكون حائزا على حالة ظاهرة تجاه كل من الزوج والزوجة معا، وهذا إستنادا للفقرة الثانية من المادة 313 من القانون المدني التي نصت على:

« La présomption de paternité retrouve, néanmoins, de plein droit, sa force si l'enfant, à l'égard des époux, a la présomption d'état de l'enfant légitime ».

على العموم لا يطرح عقد الإزدياد مشاكل خاصة، فمتى تم تسجيل الطفل لدى سجلات الحالة المدنية، يعتبر إبنا شرعيا، ويصلح هذا العقد كدليل لإثبات شرعية هذا النسب.

ونشير إلى أن الأم التي أنجبت طفلها بعد خضوعها لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة زوجها يمكنها أن تتمسك بعقد الإزدياد لإثبات نسبه في حالة إنكاره من الزوج، حيث أن الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج يخضع لنفس الأحكام السارية على الطفل الناجم عن الإنجاب الطبيعي.

أما إذا تعلق الأمر بالطفل الناجم عن التّلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، فيمكن للزوجة في حال طلب الزوج إنكار نسب الولد إليه أن تتمسك بالرضا المعبر عنه من قبله أمام الموثق أو القاضي لتلزمه بتربية ابنها أو لتطالب بالتعويض عما لحقها ولحق المولود من أضرار مادية ومعنوية.

الحالة الظاهرة:

يقصد بها الحياة الإجتماعية للطفل، وذلك بأن يعيش تحت سفق الزوجين ويعامل كابن شرعي بيولوجي لهما. ويمكن الإستدلال بهذه الحالة الظاهرة من أجل إثبات نسب المولود، وهو ما نصت عليه المادة 320 من القانون المدني بقولها:

« A défaut de ce titre la possession de l'état de l'enfant légitime suffit ».

ويلجأ إلى هذا الدليل في حالة عدم العثور على عقد الميلاد، أو ضياع سجلات الحالة المدنية. وإنه يثبت الأمومة والأبوة في آن واحد. غير أنه لا يعتبر دليلا قاطعا، إنما هو دليل بسيط يمكن إضهاده بإثبات العكس كأن يتم إثبات أن الحجج المقدمة غير كافية لإثبات الحالة الظاهرة والاعتراف بها أو أن هذه الحالة لم ترق بعد إلى درجة إثبات النسب. وأخيرا عن طريق بيان أن الحقيقة الإجتماعية الممثلة بالحالة الظاهرة للطفل لا تغطي الحقيقة البيولوجية[1].

نشير في هذا الصدد، أن الطفل الذي سجل في سجلات الحالة المدنية ومنح اللقب العائلي، وتبين أن حالة الظاهرة تتماشى مع اللقب الممنوح له، لا يمكنه المطالبة بإلغاء نسبه هذا

[1]- Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit, p.512.

ومنحه نسبا آخر طبقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 322 من القانون المدني التي جاء فيها:

«Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession d'état conforme à ce titre ».

هذا وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة، أنه لا يمكن لأي كان أن يشك في نسب هذا المولود أو يطالب بإنكار حالته، حيث نصت على:

« Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ».

من هنا نلاحظ أنه كمبدأ عام مطابقة اللقب مع الحالة الظاهرة تعكس في بعض الحالات الحقيقة روابط الدم. غير أنه استثناء هناك حالات قد تقع تجعل المولود ابنا غير بيولوجي للزوج ومع ذلك يسجل تحت اسمه ويتم الإعتراف له بالحالة الظاهرة، فيعامل كما لو كان ابنه البيولوجي. تتمثل هذه الحالات في استبدال الطفل وفي التظاهر بالحمل. ومعنى ذلك أنه قد يقع أن تلد امرأتان في نفس الوقت فيتم استبدال مولود بآخر وذلك إما بعد اتفاق الأمين أو نتيجة لخطأ. أما الحالة الثانية فنكون أمامها عندما تتصنع امرأة الحمل فتوهم زوجها بأنها حامل، وعند موعد الولادة تأتي بطفل آخر فتسجله لدى الحالة المدنية كما لو كان ابنها البيولوجي[1].

وأمام هذه الحالات، أعطى المشرع للزوج إمكانية إنكار نسب الولد إذا أثبت أنه نجم عن هاتين الحالتين وله أن يستعمل جميع وسائل الإثبات للتحلل من التزام أبوته له وهو ما نصت عليه المادة 322 – 1 من القانون المدني التي جاء فيها:

« Toutefois, s'il est allégué qu'il y a eu supposition d'enfant, ou substitution, même involontaire , soit avant , soit après la rédaction de l'acte de naissance, la preuve en sera recevable et pourra se faire par tous moyens ».

إن هذا الطريق الثاني لإثبات النسب يتماشى هو الآخر مع حالة الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي.

[1]- Cf .Patrick NICOLEAU, op.cit, p.115.

ب – الأدلة القضائية لإثبات النسب

إلى جانب الأدلة غير القضائية لإثبات النسب، نص المشرع على أدلة أخرى تتم أمام القضاء يستعان بها لإتباث النسب. نشير في هذا الصدد إلى أن الأدلة قد تقدم من قبل الطفل الذي يرفع دعوى المطالبة بالحالة أمام القضاء، كما أنها قد تقدم من طرف الزوجين من أجل إسترداد نسب الطفل الشرعي.

دعوى المطالبة بالحالة:

تكون دعوى المطالبة بالحالة ممكنة عندما لا يكون للطفل لقب ولا حالة ظاهرة. كما يمكن المطالبة بها عندما يتم تسجيل الطفل تحت أسماء خاطئة أو لا يصرح باسم والدته. في هذه الحالة ولإثبات نسبه، أجاز له المشرع أن يستند على المادة 323 المعدلة بموجب قانون 08 جانفي 1993 التي تنص على أن:

« La preuve de la filiation ne peut être judiciairement rapportée que s'il existe des présomptions ou indices assez graves pour en déterminer l'admission ».

فما هي هذه القرائن و المؤشرات الهامة؟

يمكن أن نذكر مثلا وجود علامة وراثية لدى الطفل، أو تشابه فيزيائي بينه وبين الأم، كذلك الزيارات المتكررة لهذه الأخيرة أو إرسال الهدايا إليه. كل هذه التصرفات من شأن القضاء أن يعتبرها قرائن لإثبات النسب[1] .

نشير في هذا الصدد، أنه في حالة ما إذا وقع خطأ في اسم الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي أو لم يتم ذكر اسم والدته، يمكنه أن يتخذ القرائن كدليل لإثبات نسبه. بمعنى فإنه يضع له النسب الشرعي شريطة أن تبوء محاولة إنكار الأب لأبوته بالفشل إذ أجاز له المشرع بموجب الفقرة الأولى من المادة 325 من القانون المدني أن يستعمل جميع الوسائل الممكنة من أجل إثبات عدم أبوته، وإذا نجح في ذلك فإنه يثبت للمولد النسب الطبيعي فقط[2].

[1]- Cf. Patrick NICOLEAU, op.cit., p.116; Jacqueline RUBELLI-DEVICHI, op.cit., p.517.
[2]- Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.520.

المطالبة باسترداد الطفل الشرعي:

إن دعوى المطالبة باسترداد الطفل الشرعي هي شبيهة بدعوى المطالبة بحالة النسب الشرعي الفرق يكمن في أن الأولى تتخذ من قبل أحد الزوجين أو كلاهما معًا، في حين أن الثانية يتخذها الطفل.

إذا لم يتم الإعتراف بالطفل من قبل طرف أجنبي، وقامت الزوجة لوحدها برفع دعوى تطالب فيها استرداد الطفل الشرعي، فإن الدعوى تكون موجهة ضد الزوج. أما إذا رفعت من قبل الزوجين معًا فإنها تكون موجهة ضد المكلف بالإشراف على الطفل أو الوصي.

وإذا تم الإعتراف بالطفل من قبل رجل آخر، فإن الدعوى ترفع ضد الأب الطبيعي ويجب في هذه الحالة إلغاء الأبوة قبل أن يثبت النسب الشرعي المزعوم أنه حقيقي[1].

استنادا لما تقدم، نستخلص أن الزوجين يحق لهما رفع دعوى من أجل المطالبة بإثبات نسب المولود الشرعي لهما، أي الحكم بأن المولود هو ابنهما الشرعي والبيولوجي ويستندان في ذلك على الأدلة المنصوص عليها في المادة 323 من القانون المدني[2]، هذا ما نصت عليه المادة 328 من نفس القانون بقولها:

« Les époux séparément ou conjointement, peuvent, en rapportant la preuve prévue à l'article 323 ci-dessus, réclamer un enfant comme étant le leur ; mais si celui-ci a déjà une autre filiation déjà établie, ils doivent préalablement en démontrer l'inexactitude, à supposer que l'on soit dans l'un des cas ou la loi autorise cette démonstration ».

خلاصة القول، إن طرق إثبات النسب الشرعي إما أن تكون غير قضائية فتتمثل في عقد الإزدياد والحالة الظاهرة للطفل، وإما أن تكون قضائية وتتمثل في المطالبة بالحالة وهي تتخذ من

---

[1]- Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.520 . Dans ce contexte, l'art 339 alinéa 03 du c.civ. dispose que : « Quand il existe une possession d'état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n'est plus recevable, si ce n'est de la part de l'autre parent, de l'enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritables ».

[2]- نشير في هذا الصدد إلى أن القاضي يمكنه طلب حضور الزوجين طالبي أسترداد الطفل، والخصم الآخر أي من يتولى الوصاية على الطفل من أجل إجراء مواجهة بينهما، وهذا الإجراء تسمح به المادة 198 من قانون الإجراءات المدنية، ومن خلال المواجهة يمكن للقاضي أن يستخلص برهانا يعادل بداية الدليل الكتابي.

- Cf. Patrick NICOLEAU op.cit., p.512.

قبل الطفل الذي يود في مطالبة إثبات نسبه الشرعي، والمطالبة باسترداد الطفل والتي تتخذ من قبل الزوجين الراغبين في استرداد طفلها الشرعي.

إذا كانت هذه الطرق صالحة لإثبات نسب الطفل الشرعي سواء كان ناجما عن الإنجاب الطبيعي أو الإنجاب الاصطناعي، فما هي طرق إثبات النسب الطبيعي؟

2 - طرق إثبات نسب الطفل الطبيعي

لم ينص المشرع الفرنسي على أدلة إثبات نسب الطفل الطبيعي كما فعل ذلك صراحة بالنسبة لنسب الطفل الشرعي، غير أنه يمكن استخلاصها من خلال الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لكيفية اكتساب النسب الطبيعي. يكتسب النسب الطبيعي إما غير قضائي (أ)، و إما بطريق قضائي (ب).

أ- اكتساب النسب بطريق غير قضائي

يتم اكتساب النسب الشرعي دون اللجوء إلى القضاء بطريقتين إما عن طريق الاعتراف الإرادي، أو عن طريق الحالة الظاهرة للطفل.

الإعتراف الإرادي:

يقصد به التصريح الإرادي للأبوة أو الأمومة، ويكيف على أنه عقد القانون الخاص، يتم تحريره من قبل الأب أو الأم، ولا يمكن للورثة أو أي طرف أجنبي أن يتدخل ويعترف بالمولود، ما لم يكن هذا الغير حائزا على توكيل خاص من الأم أو الأب البيولوجيين[1].

هذا و لم يشترط المشرع شرط الأهلية عند تحرير الاعتراف، إذ يمكن للقاصر أن يعترف بابنه دون حاجة الحصول على إذن وليه أو وصيه. غير أنه اشترط أن يتم الإدلاء بالاعتراف إما أمام ضابط الحالة المدنية طبقا لنص المادة 335 من القانون المدني التي نصت على أن:

« La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique ».

[1] - Cf. Patrick NICOLEAU, op.cit.,p.125.

من خلال نص هذه المادة يتضح أن الإعتراف قد يحرر إما داخل عقد الازدياد، وإما يتم في عقد خاص مستقل. كما قد يتم الإعتراف بالمولود أمام القاضي الذي يصدر حكما بذلك. ويمكن أن يتم أمام الموثق، في هذه الحالة الأخيرة يبقى العقد سريا إذا طلب ذلك المعترف[1]. أما عن محتوى العقد، فهو لا يشترط شكلية خاصة إذ يكفي أن يعلن عن هوية المقرة المولود المقر له بطريقة واضحة. وهذا الإعتراف لا يشرط ذكر اسم الأم، غير أنه يفضل ذكرها طبقا لنص المادتين 336 و337 قانون مدني[2].

إن هذا الاعتراف يمنح للمولود نسبا طبيعيا. وإذا لم يتم الاعتراض عليه أمام القضاء فلا يسمح بمنح المولود نسبا طبيعيا آخر طبقا لنص المادة 338 من القانون المدني، علما وأن الاعتراض عن هذا الإعتراف يمكن أن يتم من قبل أي شخص تكون له مصلحة في ذلك حتى وإن كان المعترف في حد ذاته، شريطة أن يقدم الدليل المعاكس للحقيقة البيولوجية. ومن جهته، فالنائب العام يمكنه تحريك الدعوى لإسقاط هذا النسب إذا تبين له من خلال العقود أن النسب المصرح به محتمل[3] وعلى سبيل المثال إذا تبين له أن فارق السن بين صاحب الاعتراف والإبن صغير جدا.

إن الإعتراف وإن كان سببا في منح النسب الطبيعي للابن إلا أنه يمكن أن يستعمل كدليل لإثبات النسب ويبقى هذا الدليل ضعيفا طالما أنه قابل لإثبات العكس.

وأما بشأن مسألة التلقيح الإصطناعي يمكن للأم التي أنجبت طفلا عن طريق استعمال نطفة رفيقها أن تتمسك باعترافه بالمولود كدليل لإثبات نسبه الطبيعي.أما إذا كنا أمام أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير، فبالرغم من أن رفيقها لا يعتبر الأب البيولوجي للطفل إلا أنه باعترافه له يمنحه النسب الطبيعي ويحق للمرأة أن تتمسك بعقد الاعتراف لا من أجل إثبات النسب لأن الحقيقة البيولوجية تتعارض مع الإعتراف، إنما من أجل طلب تعويض لها ولمولدها في حالة تراجع الخليل عن اعترافه.

[1] - Cf. Jacqueline RUBELLIN – DEVICHI, op.cit., p.546-547.
[2] - L'art 336 du c.civ. dispose que : « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père » ; et l'art 337 du même code dispose que : « L'acte de naissance portant l'indication de la mère veut reconnaissance,lorsqu'il est corroboré par la possession d'état ».
[3]- Cf. Jacqueline RUBELLIN- DEVICHI, op.cit., p.549.

الحالة الظاهرة للطفل:

في البداية كان يعترف المشرع الفرنسي فقط بعقد الإعتراف كسبب لإكتساب النسب الطبيعي وإثباته، و لم يعترف بموجب قانون 1804 بالحالة الظاهرة للطفل. أما بصدور قانون 15 جويلية 1955 نص المشرع بموجب المادة 341 الفقرة 03 منه على أن الحالة الظاهرة تعد دليلا للهوية في حالة البحث عن الأمومة الطبيعية. وهو نفس الحكم المتبنى بموجب قانون 03 جويلية 1972، الذي علق ذلك على شرط ذكر اسم الأب عند التصريح بالأبوة. وتم الإنتظار لحين صدور قانون 25 جوان 1982 الذي جعل من الحالة الظاهرة للطفل دليلا لثبوت النسب الطبيعي، حيث نصت المادة 334 – 8 فقرة 2 منه على أن:

«La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ».

إنطلاقا من هنا، إذا كان الطفل يقيم مع والدته ورفيقها ويعامل على أنه ابنا لهما فيمكن للأم أن تستند على هذه الحالة وتطلب إلحاق النسب الطبيعي بالطفل. وإذا أنكر الزوج ذلك، يمكنها أن تتخذها كطريق لإثبات هذا النسب، وإن القول ينطبق على الطفل الناجم عن الإنجاب الطبيعي وكذلك على الطفل الناجم عن الإنجاب الاصطناعي حتى وإن كان بنطفة الغير.

ب- إكتساب النسب بطريق قضائي

يمكن القول أن النسب الطبيعي يكتسب بطريق قضائي في حالتين، إما عند رفع دعوى للبحث عن الأمومة الطبيعية أو عند رفع دعوى للبحث عن الأبوة الطبيعية.

البحث عن الأمومة الطبيعية:

تم السماح بإجراء البحث عن الأمومة الطبيعية منذ قانون 1804 بمقتضى المادة 341 فقرة أولى من القانون المدني، إذ يمكن إثبات الولادة عن طريق عقد الإزدياد الذي يحمل لإسم الأم. أما إذا لم يتضمن العقد إسمها فيمكن إثبات الولادة بكل الوسائل الممكنة كالشهود والقرائن.

للإشارة الطفل هو الذي يمكنه اتخاذ هذا الإجراء إذا كان راشدا. أما إذا كان قاصرا، فإن الوصي هو الذي يتولى اتخاذ الإجراءات بعد الحصول على إذن من مجلس العائلة. وفي حالة وفاة

هذا الإبن، يمكن للورثة أن يواصلوا في الإجراءات طبقا للمادة 311- 8 من القانون المدني، و ترفع الدعوى ضد الأم المزعومة وإذا كانت متوفية ترفع ضد ورثتها[1].ختاما يمكن حتى للطفل الذي ولد نتيجة للتلقيح الإصطناعي أن يباشر مثل هذا الإجراء للحصول نسبه الطبيعي.

البحث عن الأبوة الطبيعية:

سمح قانون 16-11-1912 باتخاذ إجراء البحث عن الأبوة الطبيعية. وقد أكد قانون 08 جويلية 1993 على إمكانية هذا الإجراء، لكنه لا يقبل إلا إذا اقترن بوجود قرائن تسمح بإثبات هذا النسب نذكر منها [2]:

- في حالة إذا تم اختطاف واغتصاب الأم، فهذه الأخيرة يمكنها رفع دعوى لتطالب بالنسب الطبيعي.

- إذا قام الرفيق بأعزاء رفيقته ووعدها بالزواج، لكن عند حدوث الحمل عدل عن ذلك هنا يمكن للرفيقة أن تستند على هذه القرينة من أجل إثبات نسب مولود ها لرفيقها.

- إذا كانت بحوزة الأم رسائل يظهر من خلالها الأب المزعوم أبوته للمولود بصفة قطعية.

- أن تثبت الرفيقة المعاشرة الحرة لرفيقها أثناء فترة الحمل.

- الحالة التي يكون فيها الأب المزعوم قد شارك في رعاية وتربية الطفل بصفته أبا له.

خلاصة القول، يمكن القول أن الطرق التقليدية التي نص عليها المشرع لإثبات النسب الطبيعي للطفل الناجم عن الإنجاب الطبيعي يمكن أن تتماشى وينطبق حكمها على حالة الطفل الناجم عن الإنجاب الإصطناعي بنطفة الزوج أو الرفيق. غير أنه ونظرا لعدم تماشيها مع أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير نص المشرع على المادة 311-20 من القانون المدني من أجل بيان نسب المولود الناجم عنه، وأقر المسؤولية في حق المترف حتى لا يطالب بإنكار النسب، وفي هذا حماية للطفل والأم معا.

[1] - Cf. Jacqueline RUBELLIN – DEVICHI, op.cit., pp.555 et s.
[2] - Cf. Patrick NICOLEAU, op.cit., pp.131-132.

ثانيا: الطرق التقليدية لإثبات النسب في القانون الجزائري

حصر المشرع الجزائري طرق إثبات النسب في المادة 40 من القانون الأسرة التي نصت على أنه:"يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

من خلال هذا النص القانوني تتضح لنا الطرق التقليدية في إثبات النسب، فهل تتماشى هذه الأخيرة مع عملية التلقيح الإصطناعي؟ للإجابة عن التساؤل، ينبغي دراسة كل طريقة على حدى.

1- ثبوت النسب بالزواج

جعل الشرع الإسلامي الزواج طريقا أصليا لثبوت النسب، فمن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا لا يحتاج إلى وسائل أخرى لإثباته[1]، إذ هناك علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، بحيث تعتبر الثانية سببا لثبوت الأولى. فمتى نتج عن مخالطة الزوج لزوجته مولودا ينسب إليهما ويعد إبنهما الشرعي[2] .

ما يلاحظ على المادة 40 من قانون الأسرة أنها جعلت الزواج الصحيح طريقا لثبوت النسب (أ) وألحقت به الزواج الفاسد (ب) والدخول بشبهة (ج).

أ- الزواج الصحيح

متى توافرت في عقد الزواج أركانه الأساسية وشروطه المقررة قانونا[3]عد زواجا صحيحا، تترتب عليه جميع أثاره، منها أن العقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت النسب غير أن المشرع يشترط لثبوت النسب، بالزواج الصحيح أن تتوافر الشروط التالية:

قيام العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة حين إبتداء الحمل:

---

[1]- أنظر، بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، م.ع.ق.إ.، تلمسان، 2005، ع.03، ص.35.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، م.ج.ع.ق.إ.س.، الجزائر، 2002، ص.144-145.

[3]- أنظر، المواد من 7 إلى 31 من ق.أ.

إذا كان نسب الولد من أمه يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية وهذا منعا لتغيير الحقائق ، وحفاظا على حقوق الآباء والأبناء من الضياع ، وتوفيرا لوحدة الأسرة، فإن نسبه من أبيه لا يثبت إلا من خلال الزواج الصحيح[1]. هذا ما يستفاد من نص المادة 40 من قانون الأسرة:"يثبت النسب بالزواج الصحيح..."، وكذلك من المادة 41 من نفس القانون التي تنص على أنه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا...".

وإن هذا الشرط مستوحى من القاعدة الشهيرة القائلة بأن"الولد للفراش وللعاهر الحجر". والمراد بها أن الولد لصاحب الفراش وهو الزوج، وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إذا كانت تستجوب الرجم[2].

وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1998 بإلحاق نسب المولود لأبيه نظرا لقيام العلاقة الزوجية، حيث جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال.

ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والإجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا.

ومتى تبين في- قضية الحال- أن العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني، كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانونا فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون"[3].

من خلال هذا القرار، نجد أن قضاة الموضوع، وأمام القضية المعروضة أمامهم طبقوا نص المادة 41 من قانون الأسرة. وقد أقرت المحكمة العليا بصحة تطبيق القانون، وبهذا تكون قد أكدت على شرط قيام العلاقة الزوجية لإلحاق النسب بوالده. وهذا دليل على أن العلاقات

---

[1]- أنظر، تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص . 103 .

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.103.

[3]- أنظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.،1998/10/20، ملف رقم 214820 ، الإجتهاد القضائي ل غ.أ.ش.،2001، ع.خ.، ص.82.

الجنسية قبل إبرام عقد الزواج تعد عملا غير شرعي لا يثبت عنها نسب الولد. وهي ذات العبارة التي وردت في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 19 نوفمبر 1984 بقوله:"من المقرر شرعا أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بها تستحق كامل صداقها، أما إذا لم يقع الدخول بها فلا تسحق إلا نصفه ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض بين إثبات النسب ونفي نسب الولد عن الزوج"[1].

من هنا نلاحظ أنه متى أتت المرأة بطفل لها نتج عن علاقة غير شرعية، فإن هذا الأخير يعد إبن زنا وابن الزنا لا ينسب لأبيه إستنادا لقول المحكمة العليا الذي ورد في القرار الصادر بتاريخ 17 ديسمبر1984، إذ قضت بأنه:" إذا كان الثابت في – قضية الحال– أن قضاة الإستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 02 نوفمبر 1981 وأن البنت ازدادت يوم 06 جانفي 1982 أربع وستين يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل، وأن الإتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه ، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"[2].

من خلال ما تقدم ذكره نستخلص أن الزوجية تعتبر أساسا في ثبوت النسب من جهة الأب، وإذا ربطنا هذا الشرط مع مسألة التلقيح الإصطناعي نجد أن الإشكال لا يطرح، إذ أن المشرع إشترط بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الرجل والمرأة الراغبين في الخضوع لعملية التلقيح الإصطناعي .

[1]- أنظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م.ق.، 1990، ع.01، ص.67.

[2]- أنظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م.ق.، 1990، ع.01، ص.86.

أن يثبت التلاقي بين الزوجين:

إن العقد لا يكفي لوحده حتى يلحق نسب الإبن لوالده، إنما يجب أن يقترن بالدخول، أي أن يتصل الزوج جنسيا بزوجته[1]، ويستفاد هذا الشرط من نص المادة 41 من قانون الأسرة "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ...".

وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة البيض في حكمها الصادر بتاريخ 24 فيفري 1986 حيث ألحقت نسب الإبن بأبيه بعدما إستمعت لثلاثة شهود وتبين لها أن الزوج لم تنقطع علاقته بزوجته، والدليل على ذلك أنه كان يزورها من الحين للأخر وهي في بيت خالها بوهران، فالتلاقي بينهما كان غير مستحيل[2].

غير أن شرط التلاقي أو المخالطة الجنسية بين الزوجين وإن كان سهل التحقيق في حالة الحمل بطريقة طبيعية، فإنه من المستحيل أن يتحقق في حالة الحمل الإصطناعي. لهذا يعاب على المادة 41 من قانون الأسرة، التي علقت ثبوت النسب الشرعي بعبارة أمكن الإتصال، أنها لا تتماشى مع ما توصلت إليه الإكتشافات العلمية في المجال الطبي والبيولوجي، بل أكثر من ذلك فهي تتعارض مع نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي أباحت للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، وبهذا تحمل المرأة دون الإتصال الجنسي[3].

من أجل ذلك، نناشد المشرع بالتدخل من أجل جعل تناسق بين المادتين أعلاه خصوصا وأنه بظهور هذه الوسائل الحديثة للإنجاب لم تعد العبرة بالإتصال الجنسي إنما العبرة بأن تحمل المرأة من مني زوجها بغض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك . وعليه أن يتدخل أيضا من أجل تحديد الطرق الشرعية لثبوت نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي، حتى لا يفهم

---

[1]- نشير في هذا الصدد أن هذا الشرط هو محل خلاف بين الفقهاء، فبينما اكتفى المذهب الحنفي بالعقد لوحده لإلحاق نسب المولود بالزوج صاحب الفراش حتى وإن لم يتم الدخول بالزوجة، ذهب كل من المذهب المالكي، الحنبلي، والشافعي إلى إشتراط الدخول، فالعقد وإن كان سببا لثبوت النسب فهو لا يكفي لوحده؛ أنظر، ابن رشد، بداية المجتهد، ج.3، ص.300، مقتبس من نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.37 وما بعدها.

[2]- أنظر، محكمة البيض، 1986/02/24، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص.52.

[3]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.12؛ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.96.

من النصوص وبمفهوم المخالفة أنه لا يثبت النسب بهذه الصورة الحديثة للإنجاب، خاصة وأن قانون الصحة الجزائري يسمح باللجوء إليها، وأن العديد من المراكز الإستشفائية صارت متخصصة في هذه العمليات[1]، بل أن قانون الأسرة أكده في تعديله الأخير.

نشير ختاما، أن الدكتور تشوار جيلالي يقول في هذا الصدد :"إننا ندهش حقا أن التشريع الجزائري، بإعتباره تشريع حديث النشأة، لم يتعرض إلى ثبوت النسب الشرعي إلا بالنسبة للولد الذي اتصل والده جنسيا وترك الحالات الأخرى مسكوتا عنها ... "[2].

ولادة الطفل بين أقل وأقصى مدة الحمل:

أجمع الفقهاء على أن لا تقل مدة الحمل عن ستة أشهر قمرية وسندهم في ذلك عدة آيات من القرآن الكريم[3]. نفس المعنى أتى به المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة التي نصت على أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".

وإذا كان المشرع قد حدد أقل مدة الحمل بستة أشهر على غرار الفقه الإسلامي، فإنه وعلى خلافه لم يقم بتحديد التقويم الواجب العمل به. بمعنى آخر هل تحسب الستة أشهر على أساس التقويم الهجري، أم على أساس التقويم الميلادي[4]؟

وإذا سكت المشرع عن بيان التقويم الواجب للعمل به لحساب مدة الحمل، فإن المحاكم الجزائرية إعتمدت في حساب مدة ستة أشهر على التقويم الميلادي، يتجلى ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر1993، إذ جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة .

---

[1]- أنظر، تشوار الجيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.س.، 2002، ع.01، ص.153-154؛ تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.11-12.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.97.

[3]- أنظر قوله تعالى:"وحمله وفصاله ثلاثون شهرا".(سورة الأحقاف، الآية رقم 15) ؛ وقوله تعالى:"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين". (سورة البقرة، الآية رقم 233) .

– يتضح من خلال هذه الآيات أن الرضاعة أربع وعشرون شهرا وبالتالي تبقى ستة أشهر وهي مدة الحمل. أنظر في هذا المضمار، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.20؛ نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.43.

[4]- خاصة وأن المادة الثالثة من القانون المدني تعتد بالتقويم الميلادي إذ نصت على أنه:" تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

ومن المستقر عليه قضاءا أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام .

ومتى تبين- من قضية الحال- أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به، وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من ق أ وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و 42 من ق أ، فيما يخص إلحاق النسب ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

نشير هنا إلى أن الزواج العرفي تم في شهر نوفمبر 1988 والدخول كان بتاريخ 16 نوفمبر 1988، أما الولادة كانت بتاريخ 05 جوان 1989. وإذا أردنا حساب مدة الحمل نجد أن المولود ولد بعد مرور المدة المحددة قانونا بالمادة 42 من قانون الأسرة، كما هو ملاحظ ثم حساب المدة بالتقويم الميلادي.

إلى جانب عدم تحديد المشرع للتقويم الواجب العمل به في حساب أقل مدة للحمل، سكت عن بيان تاريخ بداية سريان الحد الأدنى، وهو الأمر الذي يجرنا لطرح التساؤل : هل يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول خاصة إذا وجد بينهما فارق زمني؟

أمام سكوت المشرع لا بد من الرجوع إلى الفقه. وهذا الأخير أقر بأن مدة الحمل تحتسب إبتداء من تاريخ العقد، وهو نفس الحكم الذي تبنته التشريعات المغاربية، على هذا الأساس نقول أن حساب مدة الحمل يجب أن تكون من تاريخ إبرام العقد سواء كان الزواج صحيحا أو فاسدا [2].

من خلال ما تقدم ذكره، نستخلص أن أقصى مدة الحمل يجب أن تكون بستة أشهر وقد سارت المحاكم الجزائرية على هذا الأساس، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن المحكمة

---

[1]- أنظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.،1993/11/23، ملف رقم 99000 ، الإجتهاد القضائي ل غ.أ.ش.،2001، ع.خ.، ص .64-65.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005،ع.03، ص.23-24؛ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.36؛ نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.44.

العليا بتاريخ 22 جانفي 1990 إذ جاء فيه:"من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في- قضية الحال- أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا. فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون. ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

أما فيما يتعلق بأقصى مدة الحمل، فقد حددها المشرع نظرا لتأثره بالمستجدات الطبية والعلمية بعشرة أشهر، وهذا يظهر جليا من خلال المادة 42 من قانون الأسرة التي تنص على:"أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر". وكذلك نصت المادة 43 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

إذا كان التقويم يثير إشكالا بشأن مسألة تحديد أقل مدة الحمل، فإن هذا الإشكال لا يطرح عند تحديد أقصى مدة الحمل، فلا مانع من أن يتم الإعتماد على التقويم الميلادي لحساب المدة طالما أن القرآن والسنة لم يحددا ذلك.

فعلا المشرع الجزائري وكما يظهر من نص المادة 60 من قانون الأسرة إعتمد على التقويم الميلادي لحساب أقصى مدة الحمل إذ نصت على أنه:"عدة الحامل و ضع حملها، وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الإنفصال".

التساؤل الذي يطرح متى يبدأ تاريخ حساب هذه المدة ؟

حدد المشرع تاريخ بداية سريان الحد الأقصى لمدة الحمل بموجب المادة 43 من قانون الأسرة التي يفهم منها أن مدة الحساب تبتدئ من تاريخ الإنفصال أو الوفاة .

[1]- أنظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1990/01/22، ملف رقم 57756، م.ق.، 1990، ع.02، ص.71.

غير أن المشكل الذي يطرح هنا، هو عدم تحديد المشرع المقصود بالإنفصال فهل يعني به تباعد الزوجين عن بعضهما أم يقصد به الطلاق بينهما خاصة وأن المادة 60 من قانون الأسرة نصت على أن حساب أقصى مدة يبدأ من تاريخ الطلاق أو الوفاة؟

الملاحظ هنا، وجود إبهام بين المادتين 43 من قانون الأسرة التي نصت على الإنفصال والمادة 60 من نفس القانون التي نصت على الطلاق، وبالتالي يبقى التساؤل مطروحا: هل يبدأ حساب المدة من تاريخ الإنفصال أو الطلاق[1]؟

فوق هذا كله، قد يحدث أن يطلق الزوج زوجته قبل رفع الدعوى وصدور الحكم فيقع الطلاق شرعا، مما يثير إشكالا أمام محتوى المادة 49 من قانون الأسرة التي نصت على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، وبالتالي ستختلف مدة الحمل التي تم الإعتماد في حسابها على تاريخ طلاق الزوج الواقع شرعا عن المدة التي يعتمد في حسابها على تاريخ صدور الحكم القضائي[2].

من خلال ما تقدم ذكره نستخلص أن المشرع إشترط أن يولد الطفل بين أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها 10 أشهر حتى يلحق نسبه بوالده، وإلا اعتبر ابن زنا.

المشكل الذي يثار في هذا الصدد هو أن التلقيح الإصطناعي لا يتلاءم مع هذه القواعد القانونية التقليدية المحددة لمدة الحمل. فالولد الناجم عن التلقيح الإصطناعي قد يستغرق سنة وقد يستغرق حتى خمس سنوات إذ تم استعمال البويضة المخصبة بعد تجميدها وحفظها لدى المركز. لهذا يثار التساؤل حول معرفة إذا كان المشرع الجزائري الذي وضع قرينة أن أقصى مدة الحمل لا يمكن أن تتجاوز العشرة أشهر، هل يمكن أن يقر بشرعية الولادات الناجمة عن التلقيح الإصطناعي؟

إن حل الإشكال لا يمكن أن يكون إلا بتدخل المشرع لسد الفراغ التشريعي وتحديد مدة الحمل الحاصل إثر عملية التلقيح الإصطناعي[3].

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005،ع.03، ص. 24 .

[2]- أنظر، بن شويخ رشيد، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.37.

[3]- أنظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.427.

ألا ينفه الزوج بالطرق المشروعة:

إلى جانب قيام العلاقة الزوجية، إمكانية الإتصال الجنسي، ومضي مدة الحمل المقررة قانونا، لا بد من أن يتوافر آخر شرط، والمتمثل في عدم نفي الزوج نسب الولد منه بالطرق المشروعة. وهذا ما عبرت عنه المادة 42 من قانون الأسرة:" ينسب الولد إلى أبيه... ، و لم ينفه بالطرق المشروعة".

المشكل يكمن في أن المادة أعلاه لم تحدد المقصود بالطرق الشرعية، هذه الأخيرة يمكن استخلاصها بالرجوع إلى نص المواد 41، 42، و43 من قانون الأسرة.

فلقد اشترطت المادة 41 من هذا القانون، ثبوت النسب بوجود التلاقي بين الزوجين، أي بمفهوم المخالفة يمكن نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين، كما هو الحال لو أثبت الزوج أنه لم يدخل بزوجته منذ إبرام العقد، أو أنه طلقها قبل الدخول، أو كان غائبا في بلد بعيد عنها.

أما المادتين 42 و43 من نفس القانون فقد اشترطتا أن لا تقل مدة الحمل عن ستة أشهر وأن لا تتعدى عشرة أشهر. وعلى هذا إذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد، فلا يثبت نسب المولود من الزوج. نفس الأمر إذا وضعته لمدة تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة .

من خلال ما تقدم، يمكن للزوج نفي النسب في حالتين:

- عدم التلاقي بينه وبين زوجته؛

- عدم مرور مدة الحمل القانونية.

لكن إذا كانت هاتين الحالتين تسمحان للزوج نفي نسب الولد الناجم عن الإنجاب

الطبيعي[1]، فإنهما لا تتلاءمان مع حالة الولد الناجم عن الإنجاب الإصطناعي كون أن التلاقي وكما سبق الذكر مستحيلا في هذه الأخيرة ، وكذا مدة الحمل التي لا تتماشى معها.

نشير إلى أنه يستعان بإحدى هاتين الحالتين لنفي النسب وذلك لعدم تحقق شروط الزواج، فماذا لو ثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه، ما هي الطرق المعتمدة عليها في هذه الحالة لنفي النسب؟

إذا ثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه، فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان.والمقصود باللعان رمي الزوج زوجته بالزنا، وقد يتعداه إلى اتهامها بأن الولد ليس منه[2].

متى توافرت شروط اللعان[3] وتحقق سببه يرفع الأمر إلى القاضي الذي يحكم بالتفريق بينهما وإلحاق النسب بالأم[4] .

وأما من جانب القانون، فالمشرع الجزائري لم ينص على اللعان كسبب للطلاق، كما أنه لم يذكره صراحة حينما نظم موضوع النسب، لذا يثار التساؤل عما إذا اعتبره طريقا مشروعا لنفي النسب أم لا؟

---

[1]- إلى جانب الطرق المعتمد عليها لنفي النسب طبقا لقانون الأسرة، أقر الفقهاء بحالتين أخريتين لنفيه وهما:

– نفي النسب عن طريق إنكار الولادة، و يحدث ذلك إذا كان غائبا عنها فلا يعلم بحملها، بالمقابل يمكن للزوجة أن تثبت صحة ولادتها إما بشهادة القابلة أو شهادة المستشفى التي وضعت فيها أو شهادة الشهود على الحمل والوضع.

– نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب إذا تبين للزوج أنه عقيما أو مصابا بمرض جنسي يمنعه من الإنجاب و أتت زوجته بمولود في هذه الحالة يمكنه إنكار أبوته وذلك لعدم قدرته على الإنجاب؛ أنظر في هذا الصدد، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 200؛ بن شويخ رشيد، المرجع السابق م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.39 -40.

[2]- أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.194؛ بن ملحة الغوثي، المرجع السابق، ص.113.

نشير هنا إلى أن المذاهب الفقهية قامت بتعريف اللعان، حيث عرفه المذهب المالكي على أنه حلف الزوج على زنى زوجته أو نفي حملها، وحلفها على تكذيبه"، وعرفه الحنفي على أنه:" شهادات مؤكدات بالإيمان مقترنة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الزوج، وحد الزنا في حق الزوجة"، أما الشافعي فقد عرفه على أنه:" قذف الزوج زوجته، علم زناها بأن رآه بعينه أو ظنه ظنا مؤكدا"؛ أنظر، الهداية، ج.2؛ حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، ج.2، أشار إليه نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.169.

[3]- أنظر في هذا الصدد، سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.357.

[4] - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.194؛ بن ملحة الغوثي، المرجع السابق، ص.114.

إذا استندنا على نص المادة 41 من قانون الأسرة للإجابة عن التساؤل، نجد أنه يعاب عليه أنه جعل اللعان وسيلة ظنية لنفي نسب المولود، وهذا ما تؤكده المادة 138 من قانون الأسرة بقولها :"يمنع من الإرث اللعان والردة".

كما أنها لم يبين الإجراءات الواجب إتباعها، ولا الإجراءات المترتبة على تأدية اليمين بشأن العلاقة الزوجية، وما إذا كان يترتب عليها تحريم المرأة على زوجها تحريما مؤبدا أم مؤقتا[1] ؟

أما إذا أخذنا بالمادة 222 من نفس القانون التي نصت على أنه:"كل من لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية". فإننا نتوصل إلى القول بأن اللعان يعد كطريق مشروع لنفي النسب طبقا لما أقرته الشريعة الإسلامية.

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يبين صراحة موقفه من اللعان كطريق مشروع لنفي النسب، فإن المحاكم جرت على العمل به ويتجلى ذلك في عدة قرارات، نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25 فيفري 1985[2]، والقرار الصادر عنها بتاريخ 23 نوفمبر 1993[3] .

من خلال ما تقدم، يتضح لنا أن اللعان يعد طريقا شرعيا لنفي نسب المولود، وهنا يثار التساؤل الكامن في معرفة عما إذا كان يمكن للزوج أن يتبع ذات طريق من أجل نفي الولد الناجم عن عملية التلقيح الإصطناعي؟

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.س.، 2002، ع.01، ص.115.

[2]- أقرت المحكمة العليا من خلال هذا القرار أنه:من المبادئ الشرعية، أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا.

يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوة الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين من كل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد ما مضى 12 يوما من علمه بوضع زوجته لحملها؛ أنظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1985/02/25، ملف رقم 35934، م.ق.، 1989، ع.01، ص.83.

[3]- أقرت المحكمة العليا من خلال هذا القرار أن مدة نفي الحمل لا يجب أن تتجاوز ثمانية أيام؛ أنظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1993/11/23، ملف رقم 99000، الإجتهاد القضائي ل غ.أ.ش.، 2001، ع.خ.، ص.64.

فالإجابة تكون بالنفي، وذلك لأن عملية التلقيح الإصطناعي تتم عن طريق تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها، بعد أن يعبر هذا الأخير عن رضاه، ولا تتم العملية إلا في حضوره. أما اللعان، فيشترط أن تتهم الزوجة بالزنا مع رجل أجنبي وهذا لا يتحقق في التلقيح الإصطناعي. وحتى لو افترضنا أن الزوجة تواطأت مع الطبيب لتلقح بمني غير زوجها، فلا يمكن التمسك باللعان لنفي نسب المولود وذلك لعدم قيام جريمة الزنا، إذ يمكنه مساءلة الطبيب وزوجته على أساس الغش الطبي.

أخيرا، نستخلص أن الزوج لا يمكنه أن يتمسك بطريق اللعان لنفي المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي، لكن لتفادي كل إشكال يجب أن لا يسلم الزوجان نفسهما إلا لجهة علمية موثوقة، وأن تتم العملية بحضور الزوج إذ لا يجوز الخلوة بالزوجة كون أن التلقيح الإصطناعي يتم التعامل فيه مع الفروج[1].

ب- ثبوت النسب بالزواج الفاسد

الزواج الفاسد هو الذي إستوفى أركانه وشروط إنعقاده، غير أنه فقد شرطا من شروط صحته[2]، ومثاله أن يتم عقد الزواج بدون ولي أو شاهدين، أو بدون تسمية الصداق[3].

وكذلك يعد زواجا فاسدا، الزواج الذي يشتمل على مانع شرعي أو قانوني كأن يتزوج الشخص بمن حرمت عليه بالرضاع[4].

لقد قرر المشرع فسخ العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط المنصوص عليها قانونا، وتختلف الآثار المرتبة عن الفسخ قبل الدخول عنها بعد الدخول. إذ لا يترتب على الزواج الفاسد قبل الدخول أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا تعتد المرأة ولا تجب لها النفقة، ولا صداق فيه، ولا توارث بينهما وحكمه وجوب التفريق بين الزوجين. خلافا لذلك، فالزواج

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.104.

[2]- أنظر، بن ملحة الغوثي، المرجع السابق، ص.74.

[3]- تنص المادة 33 ف.2 من ق.أ. على أنه:" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

[4]- تنص المادة 34 من ق.أ. على أنه:"كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويثبت عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء".

الفاسد بعد الدخول ترتب عليه بعض الآثار القانونية، منها ثبوت النسب طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة التي نصت على أن النسب يثبت بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة.

ولكن ما يعاب على نص المادة أعلاه أنه حصر ثبوت النسب بالزواج الفاسد على الأنكحة التي تم فسخها بعد الدخول وفقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون، فيفهم من خلالها أن الولد ينسب لأبيه فقط في حالات الفساد التي ذكرتها المواد أعلاه، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن حالات الفساد الأخرى غير الواردة في هذه المواد، ومن أمثلها زواج المسلم دون عمله بالمشركة، وزواج من وقع في غلط أو تدليس، ففي مثل هذه الحالات ألا يلحق نسب الولد بأبيه؟

إذا كانت الإجابة بنعم، فهذا يعني حرمان الطفل من حقه في نسبه لأبيه وهذا يتنافى مع مصلحة المولود. ولذلك ينبغي على المشرع أن يكتفي بالتنصيص على ثبوت النسب بالزواج الفاسد دون ذكر المواد المتعلقة به، حتى لا يتم تفسير المادة تفسير ضيقا[1].

وفي إطار التلقيح الإصطناعي، إذا خضعت الزوجة للعملية وبعدها تبين أن الزواج فاسد، فإن المولود الناجم عن هذه التقنية ينسب إلى والديه ويعتبر إبنا شرعيا. والحكمة في إلحاق النسب بالوالد هنا هي حماية الطرف الضعيف في العلاقة ألا وهو الطفل، وفي هذا تحصيل لمصلحته ورعاية لحقوقه، وكذلك منعا لإختلاط الأنساب.

إلى جانب ثبوت النسب بالزواج الفاسد يثبت أيضا بالزواج الباطل، والزواج الباطل هو كل عقد فقد ركنا من أركانه الأساسية.

نشير هنا إلى أن قانون الأسرة يلحق نسب الولد بأبيه في الزواج الفاسد سواء كان هذا الأخير عالما بالحرمة أم لم يعلم بها، وهذا على خلاف جمهور الفقهاء الذين ميزوا بين الزواج الباطل الذي يكون فيه الرجل عالما بالتحريم وبين الذي لا يكون عالما به. بمعنى أن الجمهور يعتد بنية الرجل، فإذا كان عالما بالتحريم أعتبر الوطء زنا ووجب الحد فلا يثبت نسب الطفل

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.س.، 2002، ع.01، ص.150.

بأبيه. أما إذا كان جاهلا له فلا يعتبر زنا إنما يبطل الزواج ولا يترتب عليه أي أثر ما عدا إلحاق النسب بالمولود[1].

نفس المبدأ سار عليه المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 24 فيفري 1986 حيث جاء فيه :"حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد مؤرخ في 02-11-1981، ولم تطلق منه وكان جاهلا هذه الحالة، حيث اعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب".

وقضى المجلس ذاته في قرار آخر صدر بتاريخ 13 ماي 1986 بأنه:"يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة"[2].

من خلال ما تقدم، نلاحظ وجود تعارض بين المادة 40 من قانون الأسرة التي يفهم منها أن النسب يثبت بالزواج الباطل مهما كانت نية الزوج، والمادة 222 من ذات القانون التي تحيل إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة لا تلحق النسب بالزواج الباطل إلا إذا كان الزوج جاهلا بالحرمة.

بالرغم من هذا التعارض نقول أنه إذا ولد المولود الناجم عن عملية تلقيح إصطناعي وتبين أن الزواج كان باطلا، فإن المولود يلحق نسبه بأبيه حتى وإن كان هذا الأخير عالما بالحرمة وهذا من أجل تحقيق مصلحة الطفل.

ج- نكاح الشبهة

جعل المشرع الجزائري نكاح الشبهة طريقا من طرق إثبات النسب، وهذا ما نصت عليه

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.09.

[2]- أنظر، مجلس أعلى، غ.ج.، 1986/05/13، ملف رقم217، غير منشور؛ مقتبس عن تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.09.

المادة 40 من قانون الأسرة بقولها:"يثبت النسب بالزواج الصحيح..... أو نكاح الشبهة.....".

ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ، والسبب في ذلك وقوع الشخص في غلط[1]. أو هو وطء حرام لا حد فيه[2].

أما الشبهة فيقصد بها، الأمر الذي يشبه الثابت فيه، وهو ليس بالثابت فيه. وقد قسمها الفقه الإسلامي إلى قسمين[3]:

- شبهة العقد: وهو أن يتم إبرام عقد الزواج بين الرجل والمرأة، فيتبين بعدها فساد هذا العقد لسبب من أسباب الفساد، كالعقد على امرأة وبعد الدخول بها يتبين أنها من المحرمات.

- شبهة الفعل: وهي اختلاط الرجل بالمرأة جنسيا في غياب عقد صحيح أو فاسد كما لو دخل شخص على امرأة يظنها زوجته لعدم رؤيتها قبل الدخول، فيتبين له بعدها أنها ليست زوجته، إنما زفت إليه امرأة أخرى بجهلها.

من خلال هذا التقسيم يتبين أن الزواج الفاسد هو شبهة العقد، أما الوطء بشبهة فهي شبهة الفعل. وهنا يقع الإشكال، فنص المادة 40 من قانون الأسرة بالصياغة التي ورد بها يعد معيبا شكلا، كونه أقر ثبوت النسب بنكاح الشبهة وبالزواج الفاسد في آن واحد مع أنه وكما يظهر من خلال التقسيم يعتبر الزواج الفاسد نوع من أنواع النكاح بشبهة.

وهكذا إختلطت الأمور على المشرع الجزائري، فبدل الحديث عن الوطء بشبهة تكلم عن نكاح الشبهة. ولتفادي هذا العيب الذي وقع فيه لابد من إعادة صياغة نص هذه المادة بإستبدال عبارة نكاح الشبهة بعبارة الوطء بشبهة فتصبح على النحو التالي:"يثبت النسب

---

[1]- أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.196.

[2]- أنظر، نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.88.

[3]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.س.، 2002، ع.01، ص .147 ؛ تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.06 ؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.196؛ نصر الجندي أحمد، المرجع السابق، ص.89 وما بعدها.

بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالوطء بشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول"[1].

ليس هذا فحسب، بل يعاب أيضا على المادة 40 من قانون الأسرة من حيث الشكل، أنها لم توفق في اختيار المصطلح الفرنسي المناسب للدلالة على النكاح الشبهة فترجمة مصطلح " Apparent" المستعمل في النص سيؤدي إلى الإلتباس مع الزواج الظاهر، الذي يعاشر فيه الرجل امرأة لا تربطه بها علاقة زوجية إنما تجمعهما رابطة حرة، ومع ذلك يعتقد الغير أنهما زوجان نظرا لمعاشرته لها معاشرة الأزواج. لتفادي هذا الخلط، يتعين على المشرع الجزائري البحث عن مصطلح آخر للدلالة على نكاح الشبهة بدلا من مصطلح " Apparent"، علما وأن البعض يعبر عن الشبهة بمصطلح " La vraisemblance"[2].

إن الوطء بشبهة لا نتصوره في مجال التلقيح الإصطناعي، وبالتالي لا يمكن الإستناد عليه لإثبات نسب الولد الناجم عن هذه التقنية الحديثة للإنجاب.

2 - ثبوت النسب بالإقرار

من الطرق التي يثبت بها النسب الإقرار، ومعناه أن يلحق شخص شخصا بنسبه[3]، ويعتبر حجة ملزمة للمقر ولا يتعداه إلى غيره.

إعتمد المشرع الجزائري طريق الإقرار لثبوت النسب بموجب المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة، حيث نصت الأولى على أنه:"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهولي النسب ولو في مرض الموت، متى صدقه العقل أو العادة". أما الثانية فنصت على أن:"الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

من تحليل المادتين المذكورتين أعلاه نستخلص أن الإقرار نوعان هما:

---

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.، 2005، ع.03، ص.06 وما بعدها.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ.س.، 2002، ع.01، ص.149.

[3]- أنظر، الشافعي أحمد محمود، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص.154.

أ- الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة: يستفاد هذا النوع من نص المادة 44 من قانون الأسرة ومفاده أن يقر المقر نفسه بنسب المولود له، وذلك كأن يقر رجل بأن الولد هو ابنه، هذا ويشترط لصحته توافر شرطين هما:

- أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب: بمعنى أن لا يكون الولد نسب معروف، بحيث إذا كان معروف النسب فإن الإقرار بالبنوة لا يثبت لأن ذلك يترتب عليه فسخ النسب المعروف واثبات النسب الجديد والأنساب الثابتة لا تفسخ[1].

- أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو يصدقه العادة: ومعنى ذلك أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد للمقر. فالإقرار ببنوة شخص لا يمكن تصورها من شخص عمره عشرون سنة لطفل بلغ العشر سنوات فلا يثبت النسب هنا بالإقرار لإستحالة هذه الولادة[2].

للإشارة هذا النوع من الإقرار لا يمكن تصوره في التلقيح الإصطناعي لعدم توافر الشرطين معا، فالولد الناجم عن هذه التقنية الحديثة يكون قبل ولادته معروف النسب وذلك لأن الزوجين يعبران عن رضاهما للخضوع للعملية. كما أن الزوج يكون حاضرا وقت إجرائها ولهذا يكون نسب المولود معلوما.

أما الشرط الثاني فهو محقق لأن المشرع يشترط للجوء إلى التلقيح الإصطناعي أن يكون الرجل والمرأة متزوجين، وطالما أن الأمر كذلك فإن عمرهما لن يقل عن تسع عشرة سنة. وبولادة الطفل يكون الفارق في السن حوالي عشرين سنة. وهذا يصدقه العقل والفعل.

وعليه، في غياب شرط أن يكون الولد مجهول النسب لا يمكن تصور الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة في التلقيح الإصطناعي.

ب- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة: نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة، وتطلق عليه تسمية الإقرار المتعلق بغير المقر أو المحمول على الغير.

---

[1]- أنظر، الشافعي أحمد محمود، المرجع السابق، ص.154.

[2]- أنظر، سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.215.

إن هذا النوع من الإقرار يتصل بفروع النسب كأن يقر الشخص بأن المولود هو أخوه فهذا إقرار محمول على غيره وهو أبوه[1].

ويشترط لإعتبار هذا النوع من الإقرار أن يتوافر فيه الشرطان المذكوران أعلاه إلى جانب الشرط الثالث الوارد ذكره بالمادة 45 من قانون الأسرة. ومفاده أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، إذ أن إعتراف مثلا الشخص بأن المولود هو أخوه غير كافي لإلحاق نسب هذا الطفل بالوالد، فلا بد من أن يعترف هذا الأخير بذلك ويقره.

من خلال ما تقدم ذكره نستخلص أن النسب يثبت عن طريق الإقرار أو الإعتراف بالبنوة متى توافرت فيه الشروط التي تضمنتها المادتان 44-45 من قانون الأسرة. لكن إذا كان الإقرار طريقا سهلا لإثبات النسب، فإنه قد يؤدي في بعض الحالات إلى قلب الموازين بإتاحته الفرصة لكل من يقيم علاقة غير شرعية ينتج عنها ولد، بالإعتراف المزيف به ليصبح إبنا شرعيا في حين أنه إبن زنا.

بالرغم من أن المشرع الجزائري نص على الإقرار كطريق لثبوت نسب الطفل الناجم عن الإنجاب الطبيعي إلا أنه يمكن الأخذ به كطريق لإثبات نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي، فبمجرد أن يعبر الزوج عن موافقته الصريحة والحرة بخضوع زوجته لعملية التلقيح الإصطناعي، فإن ذلك يعد بمثابة إقرار منه أن المولود هو إبنه.

3 - ثبوت النسب بالبينة

نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار، أوبالبينة....".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري، وإلى جانب الطرق المذكورة سابقا جعل البينة طريقا آخر لثبوت النسب. ويقصد بها الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية

[1]- أنظر، الشافعي أحمد محمود، المرجع السابق، ص.156.

وجود حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات[1].

فإذا ادعت امرأة أن الحمل من زوجها وولدت مولودا أنكره الزوج، فإنه يمكنها أن تنبث واقعة الولادة عن طريق شهادة من حضر الولادة، أو شهادة طبيب وممرضات المستشفى التي تم الوضع بها، كما يمكنها إثبات الولد نفسه بشكله ولونه وجنسه.

إن إثبات النسب بالبينة لا يمكن تصوره إلا في الحالة التي تربط الزوج وزوجته علاقة زواج صحيح أو فاسد، ولا يثبت بأية بينة كانت في حالة العلاقات غير الشرعية، إذ يتم إعتبار المولود إبن زنا، يسجل تحت إسم والدته ولا يمكن تسجيله تبعا لإسم ولقب والده. و إذا حدث تنازع على المولود بأن ادعى شخصان أبوتهما له فإن من يقيم البينة الكاملة على دعواه يكون الوالد.

على غرار الإقرار فإن البينة تصلح كطريق لثبوت نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي، فإن أنكر الزوج أبوته للمولود يمكن لزوجته أن تستند على شهادة الطبيب الذي تولى تنفيذ العملية بعد حصوله على رضا الزوج وتأكده من حضوره وقت إجرائها.

إذا ما قرنا الطرق التقليدية الموضوعة من قبل المشرع الفرنسي مع تلك الموضوعة من قبل المشرع الجزائري نجد أن الأولى تعتبر أكثر تماشيا مع موضوع التلقيح الإصطناعي. أما الثانية فهي تحتاج إلى إدخال بعض التعديلات عليها حتى تتلاءم وتنسجم مع هذه التقنية الحديثة من الإنجاب.

بالرغم من هذه الطرق الكلاسيكية إلا أنها وقفت عاجزة أمام إثبات نسب الطفل الناجم عن تلقيح الإصطناعي، ولهذا توصلت التطورات الطبية والإكتشافات العلمية إلى وضع طرق حديثة لإثبات النسب أو نفيه في آن واحد. فما هي هذه الطرق؟ وهل اكتشافها يعني إستبعاد وتخطي الطرق التقليدية؟ وهل هي صالحة لإثبات نسب الطفل الناجم عن هذه التقنية الحديثة؟

[1]- أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.199؛ سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.217.

الفرع الثاني

الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب

نتيجة للتطور الطبي تم اكتشاف طريقة علمية من أجل إثبات النسب تدعى بطريقة تحليل الدم يتم بموجبها إجراء مقارنة بين الفئات الدموية للمولود والزوجين. وقد تم اكتشاف هذه الأخيرة في بداية الثلاثينات 1930 من قبل الباحث "Karl Land Steiner"[1]. وبالفعل حققت هذه الطريقة نجاحا كبيرا في إثبات النسب وفي حالات أخرى أدت إلى إقصاء الأبوة[2].

سمحت هذه التقنية للقاضي، في حالة عدم اقتناعه بأدلة الإثبات التقليدية، أن يطلب أجراء تحاليل للدم من أجل التأكد من أن المولود هو الابن البيولوجي للأب. هذا ولا يعتمد على هذه الطريقة من أجل إثبات النسب فحسب إنما يمكن اللجوء إليها من أجل نفيه أيضا.

بالرغم من أن تقدم العلوم الدموية ساهم في بلورة وتطوير هذه التقنية إلا أن اكتشاف طريقة أخرى كانت نتيجة للتطور المحقق في مجال البيولوجيا وعلم الوراثية قلل من أهمية التحاليل الدموية وذلك لأن التقنية الثانية تعد بسيطة، سريعة، وفعالة وهي تتمثل في البصمة الوراثية.

يقصد بالبصمة الوراثية "البنية الشخصية نسبة إلى الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهى وسيلة تمتاز بالدقة حيث أنها لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية"[3]. وبتعبير آخر، تعرف على أنها "التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية"[4].

---

[1]- Cf. Patrick NICOLEAU, op.cit., p.135.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.166.

[3]- نشير إلى أن هذا التعريف تم وضعه من قبل ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ومن قبل المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، مقتبس عن الكعبي خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.28-29.

[4]- أنظر، الكعبي خليفة علي ، المرجع السابق، ص.30.

وتتم هذه الطريقة عن طريق دراسة البصمة الوراثية لشخص انطلاقا من عينات الدم، أو الريق، أو جذور الشعر، أو الأسنان، أو العظام[1]. وهي تسمح من الناحية العملية بتقدير احتمالات الأبوة للأب المزعوم قد تصل إلى نسبة 99،99 % [2]. ومن هنا يتضح أنها تلعب دورا فعالا في إثبات النسب أو نفيه. فما هو موقف كل من المشرعين الفرنسي والجزائري من هذه الوسائل الحديثة؟

أولا: موقف المشرع الفرنسي من الطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب

نص المشرع الفرنسي على البصمة الوراثية بموجب المواد من 16- 10 إلى 16- 12 من القانون المدني، غير أنه أحاطها بجملة من الشروط حيث أنه يجب أن يكون الهدف من وراء دراسة الصفات الوراثية لأي شخص هو تحقيق غاية طبية أو أبحاث علمية[3]، ويشترط الحصول على رضا الطرف المعني بالأمر عند إجراء الدراسة[4] .

إن هذا الشرط يمنع أداء كل بحث مجرى على صفات شخص مجهول في إطار نشاطه المهني أو من أجل تحقيق غاية تجارية. وقد اشرط المشرع شرطا آخر يتمثل في التعرف على هوية الشخص من خلال بصمته الوراثية، يجب أن يتم بمناسبة إتخاذ إجراءات التحقيق أو أثناء محاكمة قضائية أو أن يتم من أجل تحقيق أغراض طبية أو أبحاث علمية[5]. ونشير هنا إلى أن المشرع أجاز استخدام البصمة الوراثية كطريق لإثبات أو نفي النسب شريطة أن يأمر بذلك القاضي وأن يتم الحصول على رضا الطرف المعني[6].

فوق كل هذا لا يسمح لأي كان بالقيام بتحاليل البصمة الوراثية، إنما يشترط أن يقوم بها أشخاص مختصون تتوافر فيهم الشروط المحددة من قبل المرسوم الصادر عن مجلس الدولة. وفي حالة محاكمة قضائية، يشترط أن يكون هؤلاء المختصون مسجلون في قائمة الخبراء القضائيين[7].

---

[1]- أنظر، محافظي محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، دراسات قانونية، دار النشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ع.08، ص.68.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.166.

[3]-Cf. Art. 16-10 al. 01 du c.civ.

[4]-Cf. Art. 16-10 al. 02 du c.civ.

[5]-Cf. Art. 16-11 al. 01 du c.civ.

[6]-Cf. Art. 16-11 al. 02 du c.civ.

[7]-Cf. Art. 16-12 du c.civ.

ختاما نقول أن هذه الطرق العلمية قد أثبتت من خلال ما حققته من نتائج أنه لم يعد هناك مجال للشك حين استعمالها في إطار مسألة النسب سواء تعلق الأمر بالإثبات أو النفي. غير أن إجراءها يبقى متوقفا على موافقة القاضي وإصداره أمرا يقضي بإخضاع المعني بالأمر لمثل هذه الطرق. وهذا يعني أن دور الطرق التقليدية لإثبات النسب لم تتجاوزها هذه الإكتشافات الطبية مع أنه في مجال التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج تعتبر البصمة الوراثية أفضل طريقة لإثبات النسب أو نفيه.

أما بخصوص التلقيح الإصطناعي بواسطة تدخل الغير سواء كان رجلا أو امرأة، فلا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب وذلك لأن الأطراف المعنية وحتى القاضي يعلمون أن المولود قد منح إليه نسب يتعارض مع الحقيقة البيولوجية وبالتالي لادعي لإخضاع الزوجة ومولودها لمثل هذه التحاليل طالما أن النتيجة معروفة مسبقا وهنا لا يبقى أمام الزوجة في حال إنكار زوجها لإعترافه بالطفل سوى التمسك بنص المادة 311-20 من القانون المدني.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الوسائل الحديثة في إثبات النسب

كان موقف المشرع صارما في البداية، حيث أنه إكتفى ببيان الطرق التقليدية لإثبات النسب و لم ينص على الطرق العلمية الحديثة(1). ولكنه وأمام الإكتشافات الطبية وجد نفسه مضطرا للعدول عن موقفه الصارم من أجل مواكبة التطور العلمي(2).

1- موقف المشرع الرافض للطرق العلمية الحديثة في إثبات النسب

كان المشرع يعتمد في أول وهلة على الطرق المنصوص عليها وفقا للمادة 40 من قانون الأسرة من أجل إثبات نسب المولود، وهذه الأخيرة لم تتضمن تنظيما للطرق العلمية الحديثة في مجال إثبات النسب.

من أجل ذلك ونتيجة لإفتقار القانون الوضعي الجزائري إلى تنظيم قانوني دقيق للوسائل الحديثة في إثبات النسب، توجب على القضاء سد هذا النقص التشريعي وذلك عن طريق تحديد ما يجب الأخذ به وما لا يجب. وبالرغم من الدور الفعال الذي لعبته المحاكم الجزائرية إلا أنها

ظلت تعتمد في أحكامها على الآراء الفقهية القديمة و لم تتوخ التطور والتجديد[1]، وأبرز دليل على ذلك ما قضت به المحكمة العليا من خلال القرار الصادر عنها بتاريخ 15 جوان 1999 الذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا.

ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة ، وأن عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ومتى ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون ليس في محله.

ومتى تبين-من قضية الحال-أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين وأن الإنفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما و لم يكن لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43-60 ق أ ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعي وثبت نسب التوأمين لأن الطاعن ينفه باللعان.

وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الوجه الأول لعدم التأسيس.

ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن تم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة القانون.

ومتى تبين ـــ من قضية الحال ـــ أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.

[1]- أنظر، تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة المنظمة للنسب، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص.13.

ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه[1] ".

من خلال القرار أعلاه، نلاحظ كيف كان موقف المحكمة العليا صارما، إذ تمسكت بتطبيق نصوص القانون على أساسها نقضت القرار الصادر عن قضاة المجلس الذين أباحوا اللجوء إلى تحليل لإثبات النسب. ما يعاب عن الموقف المتخذ من قبل المحكمة أنها طبقت النصوص تطبيقا جامدا، وبهذا تكون قد راعت الآراء الفقهية الضيقة وتخطت مواكبة التطور والتجديد في مسألة النسب. كما أنها لم تعتد بالظروف الإجتماعية التي تحيط بالمجتمع والتي أصبحت تشهد انخفاضا في الوازع الديني وتدهورا في القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر[2].

انطلاقا من هنا نستشف كيف كان موقف القضاء صارما وتعسفيا إذ اعتمد على اللعان كطريق وحيد في إثبات النسب مستبعدا أي وسيلة طبية مستحدثة. وسواء تعلق الأمر بالبصمة الوراثية أو بتحليل الدم فإن كلاهما غير جائز للعمل به في نطاق إثبات أو نفي النسب[3].

وهذا الموقف يعتبر غير سليم فحتى وإن كانت قرينة الولد للفراش تلحق نسب المولود للوالد، فإن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، وطالما أن الخصوم طلبا الإستعانة بالخبرة الطبية لإجراء تحليل الدم، فلا يوجد ما يمنع ذلك بل على العكس سيؤدي اللجوء إليها إلى قطع الشك باليقين.

وإن عدم نص المشرع على هذه الطرق لا يعني بالضرورة أنه يرفضها فقد يكون قد وقع في فراغ تشريعي، وعلى المحاكم بمختلف درجاتها سد هذا الفراغ.

2 ـ عدول المشرع عن موقفه الصارم من الطرق العلمية الحديثة

نظرا للإنتقادات التي وجهت إلى القضاء، وبسبب إضفاء الشرعية على أسلوب التلقيح الإصطناعي، توجب على المشرع العدول عن موقفه الرافض للطرق العلمية الحديثة، وهذا حتى

---

[1]- أنظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.،1999/06/15، ملف رقم222674، الإجتهاد القضائي ل غ.أ.ش.،2000، ع.خ.،ص.88.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص.14.

[3]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص.14-15.

تتماشى النصوص القانونية مع التطورات والإكتشافات الحديثة. فنص بموجب المادة 40 فقرة ثانية من قانون الأسرة والمعدلة بمقتضى الأمر رقم 05-02 الصادر في 27 فبراير 2005 على أنه :"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

في هذا الصدد يثار التساؤل حول ما إذا كان الإعتراف بهذه الطرق العلمية الحديثة يعني إستبعاد اللجوء إلى الطرق التقليدية في إثبات النسب؟

فالإجابة يمكن إستخلاصها من الفقرة أعلاه، فالمشرع حينما أباح هذه الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، جعل السلطة التقديرية للقاضي وهذا يظهر من خلال مصطلح" يجوز"، إذ يمكن للقاضي أن يطلب إجراءها كما يمكنه أن يكتفي بالطرق التقليدية ويستبعدها ، وهذا حسب الحالة المعروضة أمامه.

فما هي الحالات التي من الممكن أن تقدم فيها الطرق التقليدية على الطرق الحديثة؟

يرى الفقه المعاصر أنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في فراش الزوجية سواء كان صحيحا أو فاسدا، وذلك لأنه متى كان الفراش ثابتا شرعا كان الولد لاحقا قطعا ، ومادام أنه يمكن نفي الولد باللعان فلا داعي من جعل الزوجة والولد محطة تجارب[1] .

نحن لا نوافق هذا الرأي، فإذا كان سابقا يعتمد على اللعان من أجل نفي ولد الفراش فلأنه كان يعتبر الطريق الوحيد لذلك. أما الآن وأمام اكتشاف هذه الوسائل الحديثة التي تتيح دليلا مؤكدا يرد اتهام الزوج لزوجته لم يعد من الضروري التمسك باللعان لنفي نسب المولود خاصة وأنه وسيلة ظنية[2].

زيادة على ذلك إن القول بعدم استعمال البصمة الوراثية في فراش الزوجية لا يتماشى مع حالة الولد الناجم عن الإنجاب الإصطناعي، لأنه وكما سبق تحليليه[3]، الإتصال الجنسي غير ممكن في حالة التلقيح الإصطناعي. كما أن مدة الحمل المقررة قانونا لا تتماشى مع مدة حمل

---

[1]- أنظر، الكعبي خليفة علي، المرجع السابق ، ص.150.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ج.ع.ق.إ.س.، 2003، ع.01، ص.20.

[3]- أنظر، الفرع الأول من المطلب الثاني بعنوان طرق إثبات النسب، ص 231 من هذه الدراسة.

الولد الناجم عن هذه التقنية من الإنجاب. ولا يمكن نفي نسب المولود في هذه الحالة باللجوء إلى اللعان.

وبإعتبار أن المشرع لم يتدخل لجعل النصوص القانونية تتناسق مع تقنية التلقيح الإصطناعي، فإن إثبات النسب بالزواج الصحيح يعتبر أمرا صعبا، ولهذا يستحسن اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثباته.

طريق آخر تقليدي في إثبات النسب يجزم الفقهاء على ضرورة تقديمه على البصمة الوراثية، يتمثل في طريق الإقرار[1]. وإن هذا القول ينطبق سواء تعلق الأمر بالوالد الناجم عن الإنجاب الطبيعي أو ذلك الناجم عن الإنجاب الإصطناعي. فالإقرار يعتبر سيد الأدلة، ومتى أقر الزوج بنسب المولود إليه لا يمكنه التراجع عنه بعد ذلك أو المطالبة بنفيه، وبالتالي فإن الإقرار يستبعد اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة.

هل هناك حالات يمكن أن تقدم فيها الطرق الحديثة على الطرق التقليدية؟ نعم، هناك حالة تستدعي الإستعانة بالطرق الحديثة لإثبات النسب ألا وهي البينة. فبالرغم من أنه تم القول بأن البينة تعتبر طريقا لثبوت النسب، إلا أنه في وقتنا ونظرا لإنتشار وكثرة شهادات الزور والتضارب في الشهادات يمكن أن لا يأخذ القاضي بها كطريق لإثبات النسب، ويطلب اللجوء إلى إجراء تحاليل الدم أو البصمة الوراثية للتأكد مما إذا كان الولد فعلا ابنا بيولوجيا للزوج[2].

وبهذا نرى أن المشرع نص على إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، هنا يثار التساؤل حول معرفة ما إذا كان بالإمكان الإستعانة بهذه الطرق من أجل نفي النسب؟

يبدو لنا في أول وهلة وبمفهوم المخالفة أنه لا يمكن اللجوء لهذه الطرق العلمية الحديثة من أجل نفي النسب وبالتالي يبقى اللعان الطريق الوحيد لذلك. غير أن التسليم بهذا المنطق، سيخلق مشكلة أمام تقنية التلقيح الإصطناعي، إذ أن الزوج يصعب عليه نفي نسب المولود خاصة وأن اللعان لا يمكن تطبيقه في هذه الحالة، وعليه تبقى الوسيلة الوحيدة أمامه لنفي نسبه

[1]- أنظر، الكعبي خليفة علي، المرجع السابق، ص. 230.

[2] - أنظر، الكعبي خليفة علي، المرجع السابق، ص.213.

للمولود هنا هي الإستعانة بالطرق العلمية الحديثة، هذا وقد اختلف الفقه حول موقف البصمة الوراثية من اللعان[1].

نخلص إلى القول أن الطرق العلمية الحديثة تعتبر صالحة لإثبات النسب ونفيه، وهو ما عبر عنه الدكتور تشوار جيلالي إذ يقول:"ففي إعتقادنا بأنه أباح المشرع اللجوء إلى هذه الوسيلة في مسألة النسب فإنه من الأحرى أن تطبق في كلتا الحالتين سواء تعلق الأمر بنفي النسب أو إثباته"[2].

أخيرا، وأمام عدم تحديد المشرع للطرق المعتمد عليها في إثبات نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي، نقول أن هذه الطرق العلمية الحديثة تعتبر أفضل وأنجح طرق سواء لإثباته أو لنفيه.

[1]- هناك من يرى أنه ينبغي الإكتفاء بالبصمة الوراثية لنفي النسب دون اللجوء إلى اللعان،وهناك من يذهب إلى القول أنه لا ينبغي من خلال اللعان بل يجب اللجوء إليه لنفي النسب،إن البصمة الوراثية لها دور ثانوي إذ يلجأ إليها فقط للتقليل من حالات اللعان لا من أجل الغاية، أما الرأي الآخر فيرى أن كلاهما يعد طريقا لنفي النسب فالبصمة الوراثية هي قريبة لنفي النسب واللعان هو طريق شرعي لنفيه؛أنظر، علي الكعب، المرجع السابق، ص.306.

[2]- أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، م.ع.ق.إ، 2005، ع.03، ص.16.

الـــخـــاتـــمـــة

نستخلص من خلال هذه الدراسة أن تقنية التلقيح الإصطناعي عرفت تطورا كبيرا وانتشارا هائلا كما لاقت قبول الأشخاص غير القادرين على الإنجاب الذين رؤوا فيها الأمل الوحيد في تحقيق رغبتهم بضم مولود إليهم.

ومع أنها تميزت بعدة فوائد وايجابيات إلا أنها أفرزت العديد من السلبيات التي انعكست سلبا لتطرح على الساحة القانونية جملة من المشاكل العويصة والتساؤلات المعقدة دفعت بالفقه المعاصر والقضاء إلى جانب التشريع إلى التدخل من أجل إيجاد حلول لها.

هذا وقد توصلنا إلى أن التلقيح الإصطناعي يتم إما داخليا وإما خارجيا ولكلتا الصورتين أساليبها المختلفة التي تميزت بإيجابياتها وسلبياتها. فكما كان ملاحظا، أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الزوج لم يثر أية مشاكل. فالحمل عند المستفيدة من العملية يتشكل وينمو بنفس طريقة المرأة الحامل بواسطة الإتصال الجنسي، الفارق بينهما يكمن في أن الأولى تتم بطرق اصطناعية في حين أن الثانية تتم بالطريق العادي.

ونظرا لبساطة هذا الأسلوب عمد المشرعان الفرنسي والجزائري إلى إباحته. إلا أن هذا الأخير كان أكثر إيجابية حينما اشترط أن يتم التلقيح بين رجل وامرأة على خلاف سابقه الذي وسع دائرة الإستفادة للمغير الجنسي. ويعاب عليهما معا عدم تحديدهما للسن الواجب توافره في المستفيدين.

وما لفت الإنتباه هنا أيضا هو عدم إضفاء الشرعية على التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة من قبل المشرعين، وهذا أمر لابد من التأكيد عليه لأن الرابطة الزوجية تنتهي بالوفاة والعبرة بالحمل أثناء حياة الزوجين.

أما أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير أثار جدلا كبيرا حول مدى شرعيته، فتدخل طرف ثالث في العلاقة الزوجية لم تعهده البشرية من قبل. ونظرا لخطورة وصعوبة هذا التدخل رأينا كيف وجد القضاء الفرنسي لاسيما قبل صدور التشريع المنظم لهذا الأسلوب صعوبة في حل القضايا التي عرضت أمامه وهو ما انعكس سلبا على أحكامه التي جاءت في معظمها متعارضة.

وقد ظهر جليا هنا اختلاف بين طريقة معالجة المشرع الفرنسي والجزائري لهذه المسألة وهذا أمر منطقي نظرا لإختلاف النظام السائد في المجتمعين. فبينما راع الأول مصلحة الزوجين في الحصول على مولود، تمسك الثاني بضرورة ترجيح العلاقات الشرعية على العلاقات غير الشرعية للمحافظة على قدسية الزواج والنسل.

وبغض النظر عن إباحة المشرع الفرنسي لهذا الأسلوب فأنه يؤخذ عليه طريقة تنظيمه له، إذ أن أكبر انتقاد يوجه إليه سنه لمبدأ عدم الكشف عن هوية المتبرع، وجعل السائل المنوي للمتبرع أصلا في ولادة عشرة أطفال، إضافة إلى عدم تحديد سن للمتبرع.

أما المشرع الجزائري بالرغم من أنه خطى خطوة إيجابية بمنعه هذا الأسلوب إلا أنه كان يتوجب عليه تنظيمه بشكل أكثر دقة وتفصيلا. فالمنع لوحده لا يعد كافيا بل لابد من أن يصطحبه الطابع الردعي.

من جانبها أساليب التلقيح الإصطناعي الخارجي تميزت هي الأخرى بإيجابيتها وسلبياتها فعن التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب رأينا كيف قضى على حالات العقم المستعصية، وكان محل قبول من قبل الفقه المعاصر والتشريع. إلا أنه ساهم في ظهور عدة مشاكل أبرزها عدم تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة، مشكلة الفائض في البويضات التي أدت إلى ظهور تقنية التجميد والتبرع وإجراء الأبحاث العلمية عليها التي أوصلتنا إلى خطر إختيار الجنس وتحسين النسل والأخطر من ذلك إلى الإستنساخ البشري.

أما عن أسلوب التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة فتوصلنا إلى أنه مرفوض شرعا وقانونا لما يحمله من إهانة للمرأة ومساس بمبدأي عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص وحرمة الكائن البشري.

منع هذا الأسلوب جاء بنص صريح من قبل التشريعين الفرنسي والجزائري، ولكن يعاب على هذا الأخير عدم فرض عقوبات صارمة توقع على كل من يلجأ إليه سواء الأم البديلة، المستفيدين، أو الطبيب المكلف بإجراء العملية.

كما أننا عالجنا من خلال هذه الدراسة مسألة جد حساسة ترتكز عليها الأسرة والمتمثلة في النسب. وباعتبار أن التشريعين الفرنسي والجزائري لم ينظما نسب المولود الناجم عن التلقيح الإصطناعي تعين علينا الرجوع إلى النصوص المنظمة لنسب الطفل الناجم عن الإنجاب الطبيعي.

ما كان ملاحظا أن نسب الطفل الناجم عن ماء الزوجين لا يثير أي إشكال إذ يعتبر ابنهما الشرعي، ما عدا ذلك – الطفل الناجم عن ماء غير الزوج، أو عن استئجار الأرحام– يعتبر منافيا للأخلاق وتعديا على حقوق الطفل ومغيرا لمعنى الأبوة والأمومة ومن شأنه أن يهدد النسل بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة.

وقد لفت انتباهنا عند معالجة هذه المسألة أن المشرع الفرنسي قام بتنظيم نسب الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي وهذا أمر منطقي لإعترافه بالعلاقة الشرعية وغير الشرعية. أما المشرع الجزائري فقد نظم نسب الطفل الشرعي وتجاهل تنظيم نسب الطفل غير الشرعي وكأن مثل هذه الحالة غير موجودة في مجتمعنا مع أن الواقع يثبت عكس ذلك.

من جانب آخر لم يضع كل من المشرع الفرنسي والجزائري طرقا لإثبات نسب الطفل الناجم عن الإنجاب الصناعي وهنا أيضا تحتم علينا الرجوع إلى النصوص التقليدية المنظمة لنسب الطفل الناجم عن الإتصال الجنسي. واتضح من خلال ذلك أن النصوص المسطرة من قبل المشرع الفرنسي تعتبر أكثر تماشيا مع تقنية التلقيح الإصطناعي إذا ما قارناها مع الطرق التقليدية الموضوعة من قبل المشرع الجزائري والتي في غالبيتها لا تتسق هذه الوسيلة الحديثة لتوافر شرط الإتصال الجنسي، مدة الحمل المحددة، اللعان.

على هذا الأساس لا يوجد ما يمنع من جعل الوسائل العلمية الحديثة – البصمة الوراثية– طرقا لإثبات ونفي نسب الطفل سواء الناجم عن التلقيح الطبيعي أو التلقيح الإصطناعي.

هكذا نكون قد بينا أن كل من التشريعين الفرنسي والجزائري له مميزاته وعيوبه. فأهم ما يميز التشريع الفرنسي هو تنظيمه الدقيق لتقنية التلقيح الإصطناعي وما ساعده على ذلك الدور الفعال الذي لعبه الفقه وكذلك الإجتهاد القضائي للمحاكم بمختلف درجاتها فعلى الرغم من تعارض أحكامها إلا أن ذلك زاد من إثراء وخصوبة القضاء الذي كان محل اعتبار وقت إصدار

القوانين الفرنسية لسنة 1994. ويؤخذ عليه أنه فتح بابا واسعا أمام الأبحاث العلمية فظهرت عدة مشاكل قانونية. لهذا نقترح عليه التالي:

- تحديد الطبيعة القانونية للبويضات المخصبة داخل الأنبوب.

- وضع حد للتوسع في الأبحاث العلمية.

- توقيع العقوبة على من يستخدم التشخيص المبكر بهدف إختيار الجنس وتحسين النسل.

- إعادة النظر في كيفية استخراج البويضات المخصبة والنص على ضرورة استخراج العدد الذي تتطلبه العملية لتجنب حدوث فائض فيها وما ينجم عن ذلك من مشاكل.

- إعادة النظر في الشروط الخاصة بالتبرع لاسيما شرط أن يكون السائل المنوي للمتبرع محلا لولادة عشرة أطفال. والنص على السن الواجب توافره في المتبرع.

- إلغاء مبدأ مجهولية التبرع لما يتضمنه من اعتداء على حق الطفل عن طريق منحه أبوة كاذبة وحرمانه من حقه في معرفة أصله البيولوجي.

- يتعين إعادة النظر فيما يتعلق بزرع البويضات المخصبة بعد الوفاة. إذ لا بد من أن تسترجعها الأرملة باعتبارها صاحبتها بدل أن تستقبل من قبل شخصين أجنبيين عنها.

أما ما يميز التشريع الجزائري أنه استبعد الأساليب التي أفرزها التطور والإكتشاف الطبي والتي من شأنها أن تمس بكيان الأسرة والمجتمع. لكن يعاب عليه أنه لم ينظم مسألة التلقيح الإصطناعي بالشكل الكافي لهذا لا بد من تدخله خاصة في غياب الإجتهاد القضائي. من أجل ذلك نقترح عليه مايلي:

- تنظيم إداري وتقني لمراكز حفظ وتجميد السائل المنوي بشكل يمنع حدوث أي تجاوزات وبهذا يتم الحد من المشاكل القانونية الناجمة عنها.

- فرض حماية مدنية وأخرى جزائية للبويضات المخصبة داخل الأنبوب.

- سن نصوص تجرم أسلوبي التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير وبواسطة الأم البديلة مع فرض عقوبات صارمة توقع على كل من يحاول اللجوء إليها أو يساهم في إنجاحها.

- فرض عقوبات صارمة على كل من يلجأ إلى التلقيح الإصطناعي دون رضا الطرف الآخر، والتشديد في هذه العقوبة عند استعمال طرق غش ووسائل احتيالية.

- تنظيم موضوع نسب الطفل الناجم عن التلقيح الإصطناعي والنص على استخدام طريقتي تحليل الدم والبصمة الوراثية من أجل إثباته أو نفيه.

- النص على إمكانية إجراء الأبحاث العلمية في إطار يضمن احترام الكائن البشري، مع التأكيد على عدم جواز التوسع فيها لتجنب العواقب المترتبة على ذلك.

- حظر الإستنساخ البشري بنص صريح.

نختم دراستنا هذه بالقول بأنه لا أحد يمكنه إنكار أن التلقيح الإصطناعي بات حقيقة واقعية لا يمكن التراجع عنها، لذلك لابد من محاولة الإستفادة من فوائده والعمل قدر الإمكان على تجنب سلبياته. فالمسألة لا تتعلق بمجرد إنجازات علمية لإيجاد حلول لحالات العقم المستعصية إنما تكمن في محاولة إيجاد انسجام وتناسق بين متطلبات البحث العلمي وبين القيم الإخلاقية والإجتماعية. وإلا إلى أين ستوصلنا هذه الأبحاث والإكتشافات الطبية الحديثة؟

الـــمـــلاحـــق

الملحق الأول: نسخة من برنامج التلقيح الصناعي باستعمال نطفة الزوج وطفل الأنابيب أعدته نقابة الأطباء المصرية سنة 1991.

الملحق الثاني: قرارات القضاء الفرنسي بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي.

الملحق الثالث: نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى في 11 ماي 1993.

الملحق الرابع: القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية التلقيح الإصطناعي.

الملحق الخامس: مشروع قانون الصحة العامة الجزائري لسنة 2003 تضمن معالجة مسألة التلقيح الإصطناعي.

الملحق الأول

نسخة من برنامج التلقيح الصناعي باستعمال نطفة الزوج وطفل الأنابيب

أعدته نقابة الأطباء المصرية سنة1991

1 التلقيح الصناعي بإستعمال نطفة الزوج (عقد وإقرار)

إتفق الزوجان الموقعان أدناه مع مركز الإخصاب المسمى..... ويمثله الدكتور /..... الموقع أدناه عن نفسه وبصفته، أن يتلقى العلاج اللازم بطريقة التلقيح الصناعي من الزوج والزوجة وذلك لمحاولة حدوث الحمل ونحن على علم تام بأن هذه الطريقة تختلف عن طريقة التلقيح خارج الرحم والمعروفة بأطفال الأنابيب، ويتم ذلك بالخطوات الآتية:

1) قد تعطى الزوجة أدوية منشطة للتبويض ويقاس معدل نمو البويضات عن طريق الموجات فوق الصوتية أو الطرق الأخرى المعتمدة علميا.

2) عند تحديد موعد حدوث التبويض تؤخذ عينة السائل المنوي من الزوج وتعالج بطرق معملية معينة لزيادة قدرتها على الإخصاب مع عدم إضافة أية حيوانات منوية أو سائل منوي من أي إنسان أو حيوان أو كائن حي آخر ويمنع تخزين المنى والبويضات.

3) تحقيق الحيوانات المنوية للزوج في الجهاز التناسلي للزوجة.

4) يمكن تكرار هذا العلاج عدة دورات طمثية متتالية طبقا للرأي ورغبة الزوجين.

5) تتراوح نسبة حدوث الحمل عالميا حوالي 18% ونسبة ولادة طفل سليم حوالي 14 % في كل حالة.

6) يشترط لنجح هذا البرنامج أن تكون للزوجة إحدى قناتى فالوب على الأقل سليمة وأن يكون تجويف الرحم يسمح بحدوث حمل وأن هذه الطريقة تختلف تماما عن طريقة أطفال الأنابيب ونحن على علم بذلك، وللزوج حق حضور تجهيز وحقن السائل المنوي في الزوجة.

7) ضرورة التأكيد من صلاحية السائل المنوي وقدرته على الإخصاب بالطريقة المبينة أعلاه وذلك بفحص السائل المنوي في أكثر من معمل وبالأسلوب العلمي المعترف به.

8) يجب أن تستخدم هذه الطريقة وفقا لمقاصد أحكام الشريعة الإسلامية.

بعد الإطلاع على كافة البيانات والمعلومات التي أوضحها لنا المسؤلون وإقتناعنا الكامل بما لا يشوبه أي شك أو تردد وافقنا نحن الزوجان:

السيدة ..... المقيمة.....بصفتي الزوجة

السيد..... المقيم..... بصفتي الزوج

توقيع الزوجة بطاقة توقيع الزوج

بطاقة

الملحق الأول

نسخة من برنامج التلقيح الصناعي باستعمال نطفة الزوج وطفل الأنابيب

أعدته نقابة الأطباء المصرية سنة1991

اقرأنا الدكتور/ ..... قد قمنا شخصيا بشرح برنامج التلقيح الصناعي من الـزوج للزوجة الموقعين أعلاه وأجبت على جميع تسؤلاتهما وقد قاما بالتوقيع في حضورى وأن الداعى لإجراء ذلك هو

إسم وتوقيع الطبيب المسؤل:
الدرجة العلمية: بطاقة رقم:
رقم القيد بالنقابة:

التاريـــــخ

تنبيه هام:

1) بعض الأدوية المنشطة للمبيضين والتي تستخدم أثناء المحاولة تعتـبر منشطـا قويـا للمبيضين ولذلك يجب أثناء تناولها أن تكون المريضة تحت الإشراف الطبـي ومتابعتـها بالموجات فوق صوتية أو تحليل بعض الهرمونات.

ومن المعروف أنه قد تحدث بعض المضاعفات نتيجة لزيادة إستجابة المبيض للعلاج وقد يصاحبه بعض الأعراض مثل الأم وإرتشاح إنتفاع البطن بما قد يؤدي إلى إلغاء المحاولة وننصح الزوجة بأن تستشير المركز المعالج إذا حدثت أية أغراض غير طبيعية ذلك قبل معاينة أي طبيب أخر.

2) ليكن معلوما للزوجين أن المقصود بالمحاولة الواحدة أن تكون شهرية وفي دورة طمث واحدة وهي التي يتقاضى عنها المركز الأجر المذكور فإذا لم يتم الحمل فعلى الزوجين أن يدفعا تكاليف المحاولة الثانية والثالثة..... إلخ إذا رغبا في تكرار المحاولات.

2 برنامج طفل الأنابيب. (عقد وإقرار)

إتفق الزوجان الموقعان أدنـاه مـع مركـز الإخصـاب المسـمى..... ويمثلـه الدكتور/.....الموقع أدناه عن نفسه وبصفته، أن يتلقى العلاج الـلازم بطريقـة أطفال الأنابيب وهي عبارة عن التقاط البويضات من الزوجة ومعالجتها بالسائل المنـوي من الزوج وإستكمال تلقيح البويضة خارج الرحم في أنبوب إختبار لعدة أيام وتختلف عن طريقة التلقيح الصناعي الذي هو عبارة عن حقن السائل المنوي فـي الجـهاز التناسـلي للزوجة ويتم الإخصاب بالخطوات التالي:

1) قد يعطى الزوجان عقاقير منشطة طبقا لمشورة الأطباء المسؤلين.
2) تؤخذ عينات من الزوجة لتحديد نسبة الهرمونات طبقا للمواعيد التي يحددها المركز.
3) يتم الفحص بالموجات فوق الصوتية لتحديد موعد التبويض.
4) يتم إلتقاط البويضات عن طريق الموجات الفوق الصوتية أو أية طريقة علمية أخـرى تحت المخدر عند الحاجة لكل الحالة.
5) تضاف الحيوانات المنوية التي تم الحصول عليها من الزوج إلى البويضات التـي تـم الحصول عليها من الزوجة وذلك لمحاولة إخصابها بالمعمل خارج الرحم مع عدم إضافة أية الحيوانات منوية أو أي سائل آخر من أي إنسان أو حيوان كائن حي.

6) تنقل الأجنة الناتجة جميعها إلى رحم الزوجة صاحبة البويضات في الموعد الذي يـراه المركز مناسبا وليس لإمرأة أخرى. وللزوج حق الحضور في كـل خطـوة ولاتخـزن البويضات ولا السائل المنوى.

7) ممنوع إتخاذ أي إجراء بديل عما ذكر في البند 6.5.

8) يمكن إلغاء المحاولة عند أي من المراحل السابقة حسب الرأي الفنى للمركز أو حسب رغبة الزوجين؟

9) قد يحدث في بعض الحالات مضاعفات مثل إنتفاخ المبيضين وإرتشاح البطن وكذلـك مضاعفات التخدير والجراحة مثلها كمثل عملية جراحية أخرى، فإذا حدثت أية أغـراض غير طبيعية تنصح الزوجة أو تستشير المركز المعالج قبل مراجعة طبيب أخر.

10) إن متوسط نسبة حدوث الحمل عالميا حوالي 20% للمريضة في كـل دورة علاجيـة ونسبة ولادة طفل سليم 13 %.

11) ضرورة التأكد من صلاحية السائل المنوي وقدرته على الإخصاب بالطريقة المبينـة أعلاه وذلك بفحص السائل المنوي في أكثر من معمل وبالأسلوب العلمي المعترف به.

12) ليكن معلوما للزوجين أن المقصود بالمحاولة الواحدة أن تكون شهريـة وفـي دورة طمث واحدة وهي التي يتقاضى عنها المركز الأجر المذكور، فإذا لم يتم الحمـل فعلـى الزوجين أن يدفعها تكاليف المحاولة الثانية أو الثالثة ..... إلخ إذا رغبـا فـي تكرار المحاولات.

13) يجب أن تستخدم هذه الطريقة وفقا لمقاصد وأحكام الشريعة الإسلامية.

بعد الإطلاع على كافة البيانات والمعلومات التي أوضحها لنا المسؤلون وإقتناعنا الكـامل بما لا يشوبه أي شك أو تردد وافقا نحن الزوجان:

- السـيدة/ ..... المقيمـة: .....،

والسيد/.....المقيم: ..... التوقيعات: .....

- أيضا: إقرار الطبيب وتوقيعه: .....

.....

Cour de Cassation
Chambre civile 1
Audience publique du 9 décembre 2003 **Rejet.**

N° de pourvoi : 01-03927
Publié au bulletin

Président : M. Lemontey.
Rapporteur : Mme Trapero.
Avocat général : M. Cavarroc.
Avocat : la SCP Piwnica et Molinié.

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :
Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :
Attendu que M. X... et Mme Y... se sont mariés le 15 décembre 1962 ; qu'un enfant Fabrice est issu de cette union le 11 novembre 1966 ; que, le 4 juillet 1987, est née une enfant prénommée Sarah, sans indication de filiation maternelle, qui a été reconnue par M. X... ; que, le 28 janvier 1999, l'épouse de celui-ci a présenté une requête aux fins d'adoption plénière de l'enfant Sarah ;
Attendu que Mme X... reproche à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 1er février 2001) d'avoir rejeté sa requête alors, selon le moyen :
1 / que les conditions légales de l'adoption doivent être appréciée en prenant en considération les douze années pendant lesquelles elle a élevé l'enfant ; qu'en se refusant à cette prise en considération pour juger au contraire que l'adoption était indivisible des circonstances de la conception et de la naissance de l'enfant, la cour d'appel a violé l'article 353 du Code civil, ainsi que l'article 8, paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2 / que la circonstance selon laquelle un enfant est né d'une "mère porteuse" ne peut être prise en considération pour apprécier la réunion des conditions de l'adoption plénière ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 16-7, issu de la loi du 29 juillet 1994, et 353 du Code civil en y ajoutant des dispositions qu'ils ne comportent pas ;
3 / que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur la nécessité de sanctionner l'illicéité de la convention qui a présidé à sa conception et à sa naissance ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les article 3 et 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 353 du Code civil ;
4 / qu'elle faisait valoir dans ses conclusions d'appel que la conception de Sarah avait eu lieu à un moment où ni la loi, ni la jurisprudence, ne s'étaient prononcées sur la maternité pour autrui ; qu'il n'était pas prévisible, avant que l'assemblée plénière de la Cour de Cassation n'en décide ainsi le 31 mai 1991, qu'il serait impossible d'adopter les enfants nés à la suite d'une convention de "mère porteuse" ;
que la cour d'appel, qui a délaissé ce moyen, a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption que les juges du fond ont donc, à bon droit, refusé de prononcer sans violer aucun des textes invoqués ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;
Condamne Mme Y... épouse X... aux dépens ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du neuf décembre deux mille trois.

Publication : Bulletin 2003 I N° 252 p. 201
Répertoire du notariat Defrénois, 2004-04-30, n° 8, article 37926, p. 592-594, note Jacques MASSIP
Décision attaquée : Cour d'appel de Paris, 2001-02-01
Titrages et résumés FILIATION - Filiation adoptive - Adoption plénière - Maternité pour autrui - Adoption de l'enfant du père par l'épouse - Détournement de l'institution.

La maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et aujourd'hui de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption ; les juges du fond ont donc à bon droit refusé de prononcer l'adoption d'un enfant né d'une " mère porteuse ".

FILIATION - Dispositions générales - Maternité - Maternité pour autrui - Caractère illicite - Effets - Adoption d'un enfant né d'une mère porteuse - Possibilité (non)

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Nullité - Atteinte au respect du corps humain - Maternité pour autrui

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Objet - Chose dans le commerce - Corps humain (non)

Précédents jurisprudentiels : A RAPPROCHER : Chambre civile 1, 1989-12-13, Bulletin 1989, I, n° 387, p. 260 (rejet) ; Ass.Plén., 1991-05-31, Bulletin 1991, Assemblée plénière, n° 4, p. 5 (cassation sans renvoi) ; Chambre civile 1, 1994-06-24, Bulletin 1994, I, n° 226, p. 165 (cassation sans renvoi).

Codes cités : Code civil 16-7.

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour d'appel de Rennes - Audience publique du 4 Juillet 2002

N° de pourvoi : 2001/02471

Publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation

Sixième Chambre ARRÊT N° R.G :01/02471 Melle Isabelle X... M. Emmanuel Y... Z.../ Ministère Public Confirmation REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS COUR D'APPEL DE RENNES ARRÊT DU 04 JUILLET 2002 COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ : Madame Marie-Gabrielle Laurent, Président, Madame Odile Mallet, Conseiller, Madame Françoise Cocchiello, Conseiller, GREFFIER : Madame Danièle A..., lors des débats et lors du prononcé DÉBATS : En chambre du Conseil du 13 mai 2002 ARRÊT : Contradictoire, prononcé par Madame Marie-Gabrielle Laurent, Président, à l'audience publique du 04 juillet 2002, après délibéré prorogé. [**][**] APPELANT : Mademoiselle Isabelle X... 8 rue Guillaume 92400 Courbevoie représentée par la SCP Castres Colleu & Perot, avoués assistée de Me Herrero, avocat Monsieur Emmanuel Y... 8 rue Guillaume 92400 Courbevoie représenté par la SCP Castres Colleu & Perot, avoués assisté de Me Herrero, avocat INTIME : Monsieur le Procureur Général près la Cour d appel de Rennes, représenté en la personne de Monieur Ruellan du Crehu, Substitut Général auquel l'affaire a été communiquée et qui a pris des réquisitions. Emmanuel Y... et Isabelle X..., Français résidant en France, vivent maritalement depuis le mois de janvier 1993. Atteinte d'une malformation congénitale, la jeune femme est stérile quoiqu elle ait deux ovaires normaux. Z... est dans ces conditions qu en juin 1995, désireux d avoir un enfant, le couple a souscrit sous l'égide du centre de fécondation californien Woman to Woman, un contrat de mère porteuse avec Madame Jeffrey B... et son mari ayant pour objet, après fécondation in vitro des ovules de Madame X... par le sperme de Monsieur Y..., de transférer les ovules fécondés dans l'utérus de la mère porteuse pour qu'elle les porte et les mette au monde moyennant le paiement de tous les frais et d une rémunération de 18 000$ (outre 2 000 $ si elle donne naissance à des jumeaux) payable au moment de l abandon physique du

ou des enfants aux futurs parents. Par courrier du 6 novembre 1995 adressé au consulat général de France à SAN FRANCISCO les consorts C... avaient demandé à celui-ci de les aider à trouver une assurance pour le contrat de mère porteuse en cours. Le consulat avait alors attiré leur attention sur les implications que leur projet présentait au regard des autorités françaises. Le 29 juillet 1996 sont nées à Modesto, Comté de Stanilaus, Etat de Californie (Etats-Unis d Amérique) Julie et Sarah qui ont été déclarées à l'état civil comme ayant pour père Emmanuel Y... et pour mère Isabelle X.... Les enfants ont été reconnues à Courbevoie (Hauts de Seine) par Emmanuel Y... et Isabelle X... le 4 septembre 1996. Les actes de naissance avec mention des reconnaissances ont été transcrits par le consulat général de France à San Francisco le 12 mai 1997 après accord de l'autorité de tutelle, le parquet du procureur de la République de Nantes, qui a avisé les intéressés qu ils ne pourraient être exploités. Z... est dans ces conditions que, par acte du 25 juin 1997, le procureur de la République de Nantes a fait assigner Isabelle X... et Emmanuel Y... pour voir annuler la reconnaissance souscrite le 4 septembre 1996 à la mairie de Courbevoie par Isabelle X... et ordonner les rectifications des actes de naissance des enfants en toutes les énonciations relatives à Isabelle Nathalie X... en sa qualité de mère des enfants. Par jugement du 1er février 2001 le tribunal de grande instance de Nantes a fait droit à cette demande. Les consorts C... ont fait appel de ce jugement. Ils soutiennent en premier lieu que l'action est irrecevable ; Qu en effet l'article 339 du code civil qui dispose que le ministère public peut agir pour contester une reconnaissance si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la procédure civile ,

filiation déclarée n est pas applicable puisque les actes de naissance ne rendent pas invraisemblable la filiation maternelle et

que l indice extérieur que constitue la lettre au consulat de France n entre pas dans les prévisions de cet article ; Que le même article qui ouvre également l action au ministère public lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l adoption n est pas plus applicable puisque les enfants sont génétiquement ceux de Monsieur Y... et de Madame X... et qu il n y a donc pas détournement de l adoption ; Que l acte étranger indique que la mère est Madame X... ; qu en conséquence l article 47 du code civil qui énonce que "tout acte de l état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays" interdit au ministère public d agir ; Que le contrat de mère porteuse a été établi et exécuté légalement aux Etats Unis ; que la reconnaissance en elle-même ne trouble pas l ordre public ce qui ne permet pas au ministère public d agir sur le fondement de l article 423 du nouveau code de procédure civile. Au fond les appelants soutiennent qu il n y a pas eu détournement de l adoption puisqu ils sont les parents génétiques des enfants qui ont en l espèce une mère génétique et une mère "biologique" et qu aucune adoption n a été sollicitée. Ils estiment que l esprit de la loi du 29 juillet 1994 sur la procréation médicalement assistée doit s appliquer par analogie ; que cette loi qui prévoit des sanctions pénales contre les praticiens de la santé qui agissent irrégulièrement ne prévoit aucune sanction civile notamment à l égard des reconnaissances, ce qui aurait pour effet de nuire gravement aux enfants dont l intérêt est de poursuivre une vie familiale normale avec leurs deux parents. Ils exposent en outre que l annulation des reconnaissances est contraire à la convention de New York sur les droits de l enfant et à la convention européenne des droits de l homme sur le droit au respect de la vie privée. Ils font valoir que les progrès de la science ne permettent plus de dire que

la mère est celle qui accouche alors que les textes applicables en droit français démontrent que c est la réalité génétique qui doit être prise en considération. Ils concluent en conséquence, au besoin après l exécution d une expertise génétique, à l infirmation du jugement, au débouté du ministère public et demandent sa condamnation aux dépens et à leur payer la somme de 4 600 euros sur le fondement de l article 700 du nouveau code de procédure civile. Le procureur général soutient que son action est recevable sur le fondement de l article 423 du nouveau code de procédure civile qui dispose que le ministère public peut agir pour la défense de l ordre public à l occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; qu elle l est aussi par application de l article 339 du code civil aux termes duquel la reconnaissance peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblables la filiation déclarée, ce qui est le cas de l espèce en présence de la lettre adressée au consulat général dès lors que le texte n opère aucune distinction entre le caractère formel ou matériel des indices exigés ; que ce même texte lui ouvre également l action lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l adoption, ce qui est le cas de l espèce puisque le contrat de mère porteuse comporte de nombreuses références à l engagement des époux B... d abandonner les enfants à leur naissance, de renoncer à tous droits parentaux sur eux et de coopérer à toute procédure d adoption ; qu incontestablement la reconnaissance a eu pour effet d éluder l impossibilité d adopter pour un couple non marié et d éviter le refus de l adoption par les tribunaux en raison de la jurisprudence de la cour de cassation qui considère que la convention par laquelle une femme s engage à concevoir et à porter un enfant pour l abandonner à sa naissance constitue un détournement de l adoption. Au fond il soutient que par application de l article 16-7

du code civil toute convention portant sur la gestation pour autrui est nul, ce qui fait échec à l

établissement en France de la filiation des enfants envers Madame X... qui ne peut être leur mère au sens du droit français puisqu elle ne leur a pas donné naissance ; que les consorts C... ont délibérément fait le choix de se rendre en Californie pour permettre la modification des règles d établissement de la filiation ce qui constitue une fraude qui ne permet pas de laisser se produire en France les effets du droit acquis à l étranger. Il fait valoir que l établissement des actes de naissance est une conséquence du contrat nul de mère porteuse et que leur transcription est donc contraire à l ordre public français ; que l article 47 du code civil ne vise que la forme des actes et non les informations qui y sont contenues, les faits déclarés à l officier de l état civil étranger ne faisant foi que jusqu à preuve contraire. Il rappelle que la convention de New York sur les droits de l enfant n a pas d application directe en droit interne et soutient que l article 8 OE 1 de la convention européenne des droits de l homme qui pose le principe du respect de la vie privée ne saurait faire échec au OE 2 dudit article , son action devant s analyser comme une mesure nécessaire à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d autrui. Il conclut donc que la prohibition de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d autrui rend indifférent le lien génétique pouvant exister entre les enfants et Madame X... . Il soutient subsidiairement que la preuve d un établissement régulier de la filiation des enfants à l égard de Madame X... aux Etats-Unis n est pas établie. Il demande à la cour de confirmer le jugement. SUR CE Sur la recevabilité de l action Considérant que l article 339 du code civil dispose que la reconnaissance peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent

invraisemblable la filiation déclarée ; que l indice doit résulter des énonciations de l acte lui-même et non d un élément extrinsèque à l acte, en l espèce la lettre adressée par les consorts C... au consulat le 6 novembre 1995 ; que c est à juste titre que le premier juge n a pas retenu ce fondement pour déclarer l action du procureur de la République recevable ; Considérant que l article 423 du nouveau code de procédure civile énonce que le ministère public peut agir pour la défense de l ordre public à l occasion des faits que portent atteinte à celui-ci ; Que le ministère public argue de la nullité d ordre public du contrat de mère porteuse et en tire la conséquence que les énonciations figurant sur la transcription des actes de naissance américains qui font apparaître Isabelle X... comme la mère des enfants doivent être annulées ainsi que la reconnaissance maternelle ; Que son action est donc recevable sur ce fondement ; Considérant que l article 47 du code civil qui dispose que tout acte de l état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ne fait pas obstacle à l action du ministère public puisqu il vise l acte instrumentaire lui-même qui fait foi de ses seules constatations matérielles mais ne concerne nullement les questions d état ; Au fond Considérant que la loi française ne donne pas une définition de la mère tout comme elle ne dit pas que le mariage est l union d un homme et d une femme tant ces notions sont inscrites dans les mentalités depuis des siècles ; que l adage latin "mater semper certa esté" qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l enfant trouve application en France même si ce principe est atténué par la possibilité d accoucher anonymement et par l obligation qu a le plus souvent la mère naturelle de reconnaître son enfant ; qu il est donc patent qu en droit français la mère est celle qui porte l enfant et lui donne la vie en le mettant au monde ;

qu en conséquence la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle ; Considérant que la nullité du contrat de mère porteuse n est pas discutée au regard des articles 16-7 et 16-9 du code civil tels qu ils résultent de la loi du 29 juillet 1994 qui disposent que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d autrui est nulle d une nullité d ordre public ; Considérant qu en se rendant en Californie pour y souscrire

sciemment, en violation de la loi française, une convention sur la gestation tendant à l abandon du ou des enfants par leur mère aux fins de se voir désignés par l état civil comme père et mère des enfants, issus des opérations et de l exécution du contrat, pour ensuite les reconnaître en France, les consorts C... ont violé les principes de l indisponibilité du corps humain et de l état des personnes, ce processus constituant un détournement des règles de la filiation maternelle et ayant pour objet d éviter de procéder à une adoption prohibée, cette institution n ayant pas pour finalité de créer des enfants abandonnés mais de donner une famille à des enfants qui n en ont pas ; Considérant enfin que certaines procréations médicalement assistées par don de sperme, d ovules ou accueil d embryon sont admises par la loi et sont strictement encadrées ; que l irrégularité de leur réalisation ne les atteint pas d une nullité d ordre public et ne fait donc l objet d aucune sanction civile ; qu en revanche une convention prévoyant un mode de procréation interdit par la loi tant du fait de la gestation pour autrui que de son caractère onéreux est affectée d une nullité d ordre public ; que ces deux types de procréation médicalement assistée ne peuvent donc être comparés ce qui exclut de retenir le raisonnement par analogie demandé par les appelants ; Considérant que le droit au respect de la vie privée et familiale conduit en premier lieu à ne pas admettre l incitation à l abandon d un enfant par sa mère moyennant finances

et l usage du corps d autrui pour satisfaire un désir personnel, en l espèce le désir d enfant en contradiction avec le principe fondamental de l indisponibilité du corps humain ; que c est donc à juste titre que le ministère public soutient que son action est une mesure nécessaire à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et de la morale, ou à la protection des droits et libertés d autrui ; Considérant en conséquence que c est à bon droit que le premier juge a accueilli les demandes du ministère public ; PAR CES MOTIFS Statuant publiquement et contradictoirement après débats en chambre du conseil, Confirme le jugement. Laisse les dépens à la charge des appelants. LE GREFFIER LE PRESIDENT

Titrages et résumés MINISTERE PUBLIC - Appel - Recevabilité - Atteinte à l'ordre public

Conformément à l'article 423 du nouveau Code de procédure civile, le ministè- re public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits port- ant atteinte à celui-ci. Ainsi l'action du ministère public tendant à voir prononcer la nullité d'un contrat de mère porteuse est-elle recevable, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui étant nulle d'une nullité d'ordre public au regard de la loi française

ETAT CIVILActe de l'état civil - Actes dressés à l'étranger - Exécution en France - Condition - /

Un acte de naissance établi dans un pays étranger en exécution d'une décision d'adoption prononcée par une juridiction de ce pays est indissociable de celle-ci, dont l'efficacité, même si elle existe de plein droit, reste toujours subordonnée à sa propre régularité internationale. Ainsi la nullité d'ordre public d'un contrat de mère porteuse va-t-elle entraîner l'annulation des

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation
Chambre civile 1
Audience publique du 29 juin 1994 — Cassation sans renvoi.

N° de pourvoi : 92-13563
Publié au bulletin

Président : M. Grégoire, conseiller doyen faisant fonction. .
Rapporteur : M. Gélineau-Larrivet.
Avocat général : Mme Le Foyer de Costil.
Avocats : la SCP de Chaisemartin et Courjon, M. Vuitton.

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le moyen unique :
Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble les articles 353 et 361 du même Code ;
Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;
Attendu que Mme Y..., alors épouse de M. X..., étant atteinte de stérilité, son mari a donné son sperme à Mme Z... qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, le 17 novembre 1985, cette enfant, prénommée Solène, a été déclarée comme étant née de Mme Z... ; qu'elle a été ensuite successivement reconnue par celle-ci, puis par M. X... ; que Mme Z..., qui avait aussitôt remis l'enfant aux époux X..., a, le 16 juin 1986, donné son consentement à l'adoption plénière de la jeune Solène par ceux-ci ; que, toutefois, M. X... ne s'est pas associé à cette procédure et Mme Y... ayant quitté le domicile conjugal en emmenant l'enfant, a formé une action en divorce ; qu'après avoir déposé une requête en adoption plénière, Mme Y... a assigné son mari devant le tribunal de grande instance, qui a accueilli sa demande ; que la cour d'appel, statuant

Traites cités : Articles 16-7, 16-9 du Code civil et 423 du nouveau Code de procédure civile
Convention de New York du 26 janvier 1990

Un acte de naissance établi dans un pays étranger en exécution d'une décision d'adoption prononcée par une juridiction de ce pays est indissociable de celle-ci, dont l'efficacité, même si elle existe de plein droit, reste toujours subordonnée à sa propre régularité internationale. Ainsi la nullité d'ordre public d'un contrat de mère porteuse va-t-elle entraîner l'annulation des

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation
Chambre civile 1
Audience publique du 29 juin 1994 Cassation sans renvoi.

N° de pourvoi : 92-13563
Publié au bulletin

Président : M. Grégoire, conseiller doyen faisant fonction.
Rapporteur : M. Gélineau-Larrivet.
Avocat général : Mme Le Foyer de Costil.
Avocats : la SCP de Chaisemartin et Courjon, M. Vuitton.

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le moyen unique :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble les articles 353 et 361 du même Code ;

Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu que Mme Y..., alors épouse de M. X..., étant atteinte de stérilité, son mari a donné son sperme à Mme Z... qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, le 17 novembre 1985, cette enfant, prénommée Solène, a été déclarée comme étant née de Mme Z... ; qu'elle a été ensuite successivement reconnue par celle-ci, puis par M. X... ; que Mme Z..., qui avait aussitôt remis l'enfant aux époux X..., a, le 16 juin 1986, donné son consentement à l'adoption plénière de la jeune Solène par ceux-ci ; que, toutefois, M. X... ne s'est pas associé à cette procédure et Mme Y... ayant quitté le domicile conjugal en emmenant l'enfant, a formé une action en divorce ; qu'après avoir déposé une requête en adoption plénière, Mme Y... a assigné son mari devant le tribunal de grande instance, qui a accueilli sa demande ; que la cour d'appel, statuant

après le divorce des époux X..., a infirmé partiellement cette décision et prononcé l'adoption simple de l'enfant par Mme Y... ;
Attendu que pour se prononcer ainsi, l'arrêt attaqué retient qu'il est du devoir de la société de protéger l'enfant contre les erreurs des adultes et que l'adoption est conforme à l'intérêt de la jeune Solène, qui vit depuis sa naissance auprès de Mme Y... ; qu'il ajoute que la solution contraire priverait injustement cette dernière de tout droit sur l'enfant alors que M. X... pourrait exercer ses droits de père naturel ;
Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
Et attendu qu'il y a lieu, conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 22 janvier 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ;
DIT n'y avoir lieu à renvoi ;
REJETTE la demande de Mme Y... tendant à l'adoption de l'enfant Solène Z...

Publication : Bulletin 1994 I N° 226 p. 165
Les Petites Affiches, 1995-03-22, n° 35, p. 23, note J. Massip. Dalloz, 1994, n° 42, p. 581, note Y. Chartier. Semaine juridique, 19954, n° 2, p. 15, note J. Rubellin-Devichi.
Décision attaquée : Cour d'appel de Poitiers, 1992-01-22
Titrages et résumés CONTRATS ET OBLIGATIONS - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Maternité pour autrui - Contrat tendant à l'abandon d'un enfant - Contrat à titre gratuit - Absence d'influence .

La convention, par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.
Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour prononcer l'adoption simple d'un enfant, retient d'abord qu'il est du devoir de la société de protéger l'enfant contre les erreurs des adultes et que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant qui vit depuis sa naissance auprès de l'adoptante, ensuite qu'il serait injuste de priver cette dernière de tout droit sur l'enfant tandis que son ancien mari pourrait exercer ses droits de père naturel, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble qui, destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

CONTRATS ET OBLIGATIONS - Objet - Chose dans le commerce - Corps humain (non)
FILIATION ADOPTIVE - Adoption simple - Maternité pour autrui - Adoption de l'enfant du père par l'épouse - Détournement de l'institution
FRAUDE - Fraude à la loi - Filiation adoptive - Adoption simple - Maternité pour autrui - Adoption de l'enfant du père par l'épouse - Détournement de l'institution
CONTRATS ET OBLIGATIONS - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Maternité pour autrui - Atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

Précédents jurisprudentiels : A RAPPROCHER : Assemblée plénière, 1991-05-31, Bulletin 1991, Ass.

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation
Chambre civile 1
Audience publique du 9 janvier 1996 **Annulation partielle sans renvoi.**

N° de pourvoi : 94-15998
Publié au bulletin

Président : M. Lemontey .
Rapporteur : M. Grégoire.
Avocat général : Mme Le Foyer de Costil.
Avocats : MM. Vuitton, Le Prado.

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que l'union de Mme X... et de Y..., mariés en 1977, s'étant révélée stérile, les médecins du centre hospitalier régional de la Grave ont procédé, à partir de 1984, à sept tentatives de fécondation in vitro ; qu'à l'occasion de la deuxième les époux Y... ont signé un document dans lequel ils énonçaient que le transfert des embryons ne pourra être réalisé qu'en présence de chacun d'eux et que, en cas de dissolution du couple, les embryons seraient détruits ; qu'après avoir obtenu quatre embryons, les médecins du CHR ont implanté deux d'entre eux ; que cette tentative ayant échoué, et son mari étant décédé accidentellement le 10 décembre 1990, Mme Y... a vainement demandé au CHR de procéder à l'implantation des embryons congelés restants ; qu'elle a saisi le tribunal de grande instance pour faire juger que les embryons seraient implantés par les médecins du service de gynécologie obstétrique qui la soignaient habituellement ou, en cas de refus de ces praticiens, seraient mis à sa disposition ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Toulouse, 18 avril 1994) a rejeté cette demande et ordonné la destruction des embryons congelés ;
Sur le premier moyen, pris en ses deux branches
Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir déboutée de sa demande d'implantation des embryons, alors, selon le moyen, d'une part, que l'article 1er de la loi du 17 janvier 1975 garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie et précise qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en cas de nécessité, celle-ci devant s'apprécier à raison de la situation de détresse de la femme ; qu'en faisant obstacle à ce que Mme Y... poursuive sa grossesse, voulue par les deux époux de leur vivant, la cour d'appel n'a pas tenu compte de la volonté de l'intéressée ; et alors, d'autre part, qu'il ressortait des éléments du débat, et notamment de l'exposé des faits des premiers juges, que le recours à l'assistance médicale à la procréation était causé par la stérilité de Mme Y... ; qu'en énonçant, néanmoins, que la démarche des époux Y... était causée par la stérilité de leur couple et que ce couple s'étant trouvé dissous, la cause avait disparu, alors que Mme Y..., membre stérile du couple, était toujours en vie, la cour d'appel a violé l'article 1131 du Code civil ;
Mais attendu que la loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de la grossesse n'est pas applicable dans le cas du refus de l'implantation d'embryons, un tel acte ayant seulement pour effet, si l'opération réussit, de permettre une grossesse .
Et attendu que, avant même l'entrée e gueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus,

ait été réalisée ; qu'ayant constaté que Albino Y... était décédé après l'échec de la tentative d'implantation effectuée le 12 octobre 1990, et avant que les embryons restants aient pu être utilisés, la cour d'appel a exactement décidé que la demande de Mme Y..., contraire à l'engagement qu'elle avait d'ailleurs pris, devait être rejetée ; d'où il suit qu'en aucune de ses branches le moyen ne peut être accueilli ;

Mais sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :

Vu l'article 9 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que les embryons existant à la date de promulgation de la loi, qui satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert, pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5 du Code de la santé publique, et que si leur accueil est impossible, et si la durée de leur conservation est au moins égale à 5 ans, il est mis fin à cette conservation ;

Attendu que ce texte rend caduque la mesure ordonnée par la cour d'appel, dont l'arrêt doit être annulé de ce chef, sans qu'il y ait lieu à renvoi ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le deuxième moyen ,

ANNULE mais seulement en ce qu'il a ordonné la destruction des deux embryons congelés, l'arrêt rendu le 18 avril 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT qu'il sera mis fin à la conservation des embryons dans les conditions prévues à l'article 9 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994.

Publication : Bulletin 1996 I N° 21 p. 13

Semaine Juridique, Edition notariale et immobilière, 1996-11-08, n° 44/45, p. 1560, note C. NEIRINCK. Semaine Juridique, 1996-07-03, n° 27, p. 289, note C. NEIRINCK. Revue de droit sanitaire et social, 1996-09, n° 3, p. 623, note A. TERRASSON DE FOUGERES. Les Petites Affiches, 1996-04-03, n° 41, p. 11, note J. MASSIP. Les Petites Affiches, 1996-05-15, n° 59, p. 15, note D. VIGNEAU. Dalloz, 1996-07-18, n° 27, p. 376, note F. DREIFUSS-NETTER.

Décision attaquée : Cour d'appel de Toulouse, 1994-04-18

Titrages et résumés 1° FILIATION (règles générales) - Maternité - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Refus d'implantation d'embryons - Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse - Application (non).

1° La loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, n'est pas applicable dans le cas du refus de l'implantation d'embryons, un tel acte ayant seulement pour effet, si l'opération réussit, de permettre une grossesse.

1° SANTE PUBLIQUE - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Refus d'implantation d'embryons - Loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse - Application (non)

2° SANTE PUBLIQUE - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Conditions - Existence d'une famille constituée - Portée.

2° Avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro et sa poursuite, dès lors que le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous

par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisée.

3° SANTE PUBLIQUE - Assistance médicale à la procréation - Fécondation in vitro - Embryons - Article 9 de la loi du 29 juillet 1994 - Embryons préexistants à la date de promulgation de la loi - Destination.

3° Il résulte de l'article 9 de la loi du 29 juillet 1994, que les embryons existant à la date de promulgation de la loi, qui satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert, pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5 du Code de la santé publique, et que si leur accueil est impossible, et si la durée de leur conservation est au moins égale à 5 ans, il est mis fin à cette conservation.

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Decision attaquee Cour d'appel de Bordeaux, 1992-04-22

Tirages et résumés AUTORITE PARENTALE - Exercice - Enfant naturel - Exercice par le père - Demande du père - Absence de contestation de la reconnaissance par le père - Obligation pour le juge de statuer .

La reconnaissance d'un enfant naturel par un père n'ayant pas été contestée, une cour d'appel est tenue de statuer sur la demande d'exercice de l'autorité parentale formée par ce père, conformément à l'article 734 du Code civil.

FILIATION NATURELLE - Reconnaissance - Reconnaissance par le père - Absence de contestation - Autorité parentale - Demande d'exercice par le père - Obligation pour le juge de statuer
AUTORITE PARENTALE - Exercice - Enfant naturel - Action en modification - Demande du père - Contrariété à l'ordre public prétendue par la défense - Parents homosexuels - Insémination artificielle

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Cour de Cassation
Chambre civile 1
Audience publique du 10 juillet 1990 Rejet.

N° de pourvoi : 88-15105
Publié au bulletin

Président :M. Camille Bernard, conseiller doyen faisant fonction
Rapporteur :M. Massip
Avocat général :Mme Flipo
Avocats :la SCP Le Prado, la SCP Le Bret et Laugier

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur les deux moyens réunis :
Attendu que M. X..., qui vivait en concubinage avec Mme Y..., a donné son accord à l'insémination artificielle de celle-ci par un donneur anonyme ; qu'une fille, Emilie, est née de cette insémination artificielle le 29 juillet 1983 et a été reconnue, dès avant sa naissance, par M. X... et Mme Y... ; qu'en 1985 M. X... a saisi le tribunal de grande instance d'une action tendant à l'annulation de cette reconnaissance en raison de son caractère mensonger ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Toulouse, 21 septembre 1987), après avoir annulé la reconnaissance souscrite par M. X..., l'a condamné à payer à l'enfant une somme de 100 000 francs à titre de dommages-intérêts, au motif essentiel que la procréation artificielle entre concubins avait une cause et un objet illicites, de sorte que la convention passée par eux à ce sujet était nulle et en outre fautive au regard de l'enfant à naître ;
Attendu qu'en un premier moyen M. X... fait grief à la cour d'appel d'avoir ainsi statué, alors que l'acceptation par un concubin de l'insémination artificielle hétérologue de sa compagne n'est pas nécessairement fautive ; qu'en un second moyen il reproche à l'arrêt attaqué, d'une part, d'avoir méconnu les termes du litige en accordant à l'enfant des dommages-intérêts pour le prétendu préjudice résultant de sa naissance, rendue possible par l'insémination artificielle, alors qu'il avait été demandé des dommages-intérêts en raison de l'annulation de la reconnaissance privant l'enfant de filiation paternelle ; d'autre part, de n'avoir pas caractérisé le lien de causalité entre la faute retenue et le préjudice subi par l'enfant, qui ne peut résulter que de l'annulation de la reconnaissance ;

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

ASSOCIATION - Objet - Promotion de la maternité pour autrui - Caractère illicite - Portée - Caractérisation d'une discrimination fondée sur la naissance (non)

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Pacte de New York - Article 23 - Droit de fonder une famille - Etendue - Convention avec un tiers sur le sort d'un enfant à naître (non)

Le droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par l'article 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et par l'article 23 du pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 à l'homme et à la femme en âge nubile, n'implique pas le droit de conclure avec un tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître.

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Interprétation - Article 12 - Droit de fonder une famille - Convention avec un tiers sur le sort d'un enfant à naître (non)

PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - Liberté individuelle - Droit de fonder une famille - Etendue - Convention avec un tiers sur le sort d'un enfant à naître (non)

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

Précédents jurisprudentiels :

A RAPPROCHER : (1°). Conseil d'Etat, 1988-01-22 (Association " Les Cigognes "), Recueil Lebon 1988, p. 37.

Codes cités : Code civil 1128

Lois citées : Loi 1901-07-01 art. 3, art. 7.

Cour de Cassation

Chambre criminelle

Audience publique du 15 octobre 2002 Rejet

N° de pourvoi : 02-85608

Inédit

Président : M. COTTE

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, le quinze octobre deux mille deux, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le rapport de Mme le conseiller référendaire BEAUDONNET, et les observations de Me BOUTHORS, avocat en la Cour ;

الملحق الثاني

قرارات القضاء الفرنسي

بشأن أساليب التلقيح الإصطناعي

A. SERIAUX. Revue trimestrielle de droit civil, juin 1990, n° 2, p. 254, note J. RUBELLIN-DEVICHI.
Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1988-04-29
Titrages et résumés 1°
ASSOCIATION - Dissolution - Cause - Activité illicite - Enfant à naître - Convention avec la mère - Convention portant atteinte à l'indisponibilité des personnes

1° Est nulle, en raison de l'illicéité de son objet, l'association qui a pour objet de faciliter la solution des problèmes qui se posent aux couples, dont la femme est stérile, désireux d'accueillir un enfant à leur foyer et aux " mères porteuses " volontaires, dès lors que, d'une part, cette association favorise la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; que d'autre part de telles conventions contrevenant au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ; qu'enfin, l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu.

1°
ASSOCIATION - Dissolution - Cause - Activité illicite - Enfant à naître - Convention avec la mère - Convention tendant à conférer à l'enfant un état différent de sa filiation réelle

ASSOCIATION - Objet - Objet illicite - Atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

1°
ASSOCIATION - Objet - Objet illicite - Association détournant l'adoption de son véritable objet

1°
ASSOCIATION - Dissolution - Cause - Activité illicite - Détournement de l'adoption de son véritable objet

2°
FILIATION (règles générales) - Maternité - Maternité pour autrui - Association la promouvant - Caractère illicite - Portée - Instauration d'une discrimination fondée sur la naissance (non)

2° La reconnaissance du caractère illicite de la maternité pour autrui et des associations qui s'efforcent de la promouvoir, qui se déduit des principes généraux du Code civil et de règles qui sont communes à toutes les filiations, n'est pas de nature à instaurer une discrimination fondée sur la naissance.

الملحق الثالث

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

JUGEMENT N° 382
du 11 MAI 1993

1ERE CHAMBRE

N° de rôle 10- 92 8382
10- 92 8598

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE TOULOUSE

J U G E M E N T

APPEL

Le Tribunal de Grande Instance de TOULOUSE en son audience de la Chambre Civile tenue : PAR LA PREMIERE CHAMBRE

L'An Mil Neuf Cent Quatre Vingt Treize

Et le Onze Mai

DEMANDEUR :

- Mme DOMINGUES

DEFENDEUR :

- CENTRE HOSPITALIER REGIONAL DE LA GRAVE
- M. et Mme PIRES Félisberto
- M. PIRES Alcides
- Mme DACUNHA née PIRES
- Melle PIRES Maria
- Madame FERRERA née PIRES
- M. PIRES José
- M. PIRES Mario

Statuant publiquement, en premier ressort a prononcé le jugement contradictoire suivant, après débats le 5 AVRIL 1993 devant

Monsieur FOULON, Président,
Monsieur BOYER, Premier Vice-Président,
Monsieur COLENO, Vice-Président,
Madame GIROT, Vice-Président,
Madame BOYER CAMPOURCY, Vice-Président

assistés de Melle ANDRIEU, Premier Greffier
En présence de Monsieur ROBIN, Procureur de la République Adjoint.

Monsieur FOULON, entendu en la lecture de son rapport.

Les Magistrats présents aux débats en ayant délibéré :

Dans l'affaire qui a fait l'objet de l'assignation en date des 18 NOVEMBRE 1992, 22 et 24 DECEMBRE 1992

et de l'ordonnance de clôture en date du 2 AVRIL 1993

et qui oppose :

- Madame Maria Arminda DOMINGUES veuve PIRES, née le 28 Juillet 1954 à VILAR BOTICAS (Portugal), demeurant
16, rue Galinier
81200 MAZAMET

Maître Bruno LABADIE, Avocat Plaidant au BARREAU

Maître M.C. MONSEGUR, Avocat Postulant

A :

- CENTRE HOSPITALIER REGIONAL DE LA GRAVE,
Place Lange
31052 TOULOUSE

SCP - CARRIOL - DUPEYRON - RUIS, Avocats

الملحق الثالث

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

APPELES EN CAUSE PAR Madame Maria DOMINGUES :

- Monsieur et Madame Felisberto PIRES, (parents du défunt), demeurant JARDEY Cédex 8571 VILLERBON 41000 BLOIS
- Monsieur Alcidès PIRES, (Frère du défunt), demeurant 167, boulevard Haussmann 75008 PARIS
- Madame Conceiçao DACUNHA née PIRES, Soeur du défunt), demeurant Chemin des Bruyères 71850 CHARNAY LES MACON
- Mademoiselle Maria PIRES, (Soeur du défunt), demeurant 6, rue de Miromesnil 75008 PARIS
- Madame Gracinda FERRERA née PIRES, (Soeur du défunt), demeurant Cédex 8571 VILLERBON 41000 BLOIS
- Monsieur José PIRES, (Frère du défunt), demeurant 548, rue des Groix 45130 BAULE
- Monsieur Mario PIRES, (Frère du défunt), demeurant 28, rue Roland-d'Orgelès 41000 BLOIS

Maître Marc BARTHET, Avocat

14. - que ce document qui prévoit la destruction d'une personne potentielle ,est nul,

15. - que le refus d'implantation ou tout au moins le refus de restitution constitue une " atteinte fondamentale aux droits de toute personne humaine ",

16. - que le " droit à la maternité est une liberté fondamentale appartenant à la femme exclusivement ",

17. - que la fécondation, phase essentielle, est intervenue, alors que les 2 parents étaient vivants,

18. - que la famille monoparentale, est aujourd hui très fréquente ,

19. - que l'embryon n'est pas une "chose que l'on recueille dans un cadre successoral ; alors que les frères et soeurs dans la loi portugaise ne sont pas les héritiers ",

Elle conclut :

20. - à la compétence du tribunal de grande instance,

21. - au défaut du droit d'agir des père, mère, frères et soeurs de Albino PIRES,

22. - à être autorisée :

- à se faire implanter les embryons congelés;

Elle demande :

- que les médecins précisent s'ils acceptent de pratiquer ladite implantation, et dans la négative,

23. - que ces embryons lui soient remis :

24. - la distraction des dépens .

Prétentions et moyens du Centre Hospitalier Régional de la GRAVE .

25. - le C.H.R. de la GRAVE soulève in limine litis l'incompétence du T.G.I au profit de la juridiction administrative puisque :

- le C.H.R est un établissement public,

26. - les médecins exerçant dans cet hopital sont des fonctionnaires,

27. - l'acte visé au § 3 est un acte administratif,

28. - il n'y a ni

29. - la liberté individuelle invoquée n'est pas de celle qu'entraine la compétence judiciaire,

30. - l'a. L.209-22 du Code de la Santé Publique est inapplicable à de simples soins,

31. Il ajoute qu'en l'absence de texte concernant les embryons il y a lieu de se référer à l'accord visé au § 3, qui est parfaitement clair et valable.

الملحق الثالث

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

32. Il rapporte l'avis sur la question du Comité National d'éthique, et précise que le Comité d'éthique Toulousain, a en suivant les principes dégagés par le Comité National, justement donné un avis défavorable à l'implantation réclamée.

33. Constatant que tous les médecins du Service de la GRAVE refuseront de pratiquer l'implantation, il indique, à titre subsidiaire, que Maria PIRES aura la charge de trouver un centre agréé qui accepte.

34. Il conclut au débouté de Maria PIRES et demande la distraction des dépens à son profit.

Prétentions et moyens des Consorts PIRES .

35. Les consorts PIRES soutiennent :
- n'avoir jamais écrit au Centre Hospitalier Régional de la GRAVE pour s'opposer à l'implantation,

36. - qu'en raison du vide juridique, ce ne sont pas les seules considérations personnelles de Maria PIRES qui doivent être prises en compte pour apporter une réponse à la question posée.

37. - que le contrat visé au § 3 interdit à Maria PIRES d'obtenir gain de cause,

38. - que l'implantation réclamée n'est pas la seule façon d'avoir un enfant,

39. - que l'embryon ne peut appartenir à Maria PIRES.

40. Ils formulent de nombreuses interrogations et apportent des réponses qui vont toutes à l'encontre de la demande de Maria PIRES.
Ils concluent au débouté de Maria PIRES et à sa condamnation aux dépens.

Conclusions du Ministère Public .

41. - Le Ministère Public que la juridiction judiciaire est compétente puisque :

- la revendication de procréation touche aux droits de la personne,

42. - ce litige a trait à la sauvegarde d liberté individuelle fondamentale.

Il ajoute :

- que la convention était licite même s'il ne peut s'agir d'un contrat à strictement parler,

43. - que la volonté de Albino PIRES a été clairement exprimée,

44. - que l'embryon ne peut avoir le statut juridique d'un être vivant,

45. - que le projet d'a. L. 671-2 du Code de la Santé Publique suppose que les 2 membres du couple soient vivants, au moment du transfert des oeufs humains fécondés,

46. - que la Convention dite de NEW YORK consacre la prééminence de la cellule familiale au niveau de l'ordre public international, et le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux,

47. Il conclut au débouté de Maria PIRES.

parfaitement clair et valable.

الملحق الثالث

نسخة من حكم محكمة تولوز الغرفة الأولى

في 11 ماي 1993

56. Qu'en effet il ne peut y avoir d'objection à utiliser la science médicale, lorsque celle-ci se borne à imiter la procréation naturelle, à condition bien entendu qu'un consentement libre et éclairé soit donné par le mari et la femme consentement vis à vis du médecin, mais aussi consentement vis à vis de son conjoint ; que tel était l'objet de la première partie du document, visé au § 3 ci-dessus ;

57. Attendu que la procréation naturelle susvisée, suppose la participation de deux personnes qui l'acceptent et ne peut dépendre de la volonté d'un seul ; qu'il ne peut donc en premier lieu exister un prétendu "droit à la maternité" ou "droit à l'enfant" au sens ou la demanderesse emploie ces expressions ;

Qu'en second lieu l'intervention de la science, qui a ici, pour seul objectif de rémédier au fonctionnement défectueux du corps, ne peut avoir pour but ou pour effet de pallier la carence d'une des volontés parentales dans l'acte de procréation ;

58. Que ce consentement forcément donné d'une façon unique, et globale dans la procréation naturelle, doit-être renouvelé pour l'implantation de l'embryon, à partir du moment ou la technique dissocie la fécondation de la gestation ;

59. Attendu que le désir de l'homme d'avoir une emprise sur le temps qui suit sa mort, est légitime, et juridiquement protégé lorsqu'il s'agit de son corps ou de ses biens ;/qu'il en est tout autrement dans les implantations post mortem où une telle volonté constituerait une entreprise d'immortalité contraire à l'ordre public, et aux règles fondamentales de la transmission de la vie

60. Que même si elle était établie, la volonté de Albino PIRES n'aurait aucun effet ; que la clause exigeant la présence des deux époux pour opérer le transfert de l'embryon (cf § 4) est évidemment conforme avec cette règle d'ordre public, et marque au demeurant la volonté de l'intéressé de ne procréer que de son vivant ;

61. Qu'il y a donc lieu de débouter Maria PIRES de sa demande d'implantation, et par voie de conséquence de sa demande de restitution des embryons ;

PAR CES MOTIFS

62. se déclare compétent

63. déboute Maria PIRES de ses demandes

64. la condamne aux dépens dont distraction au profit des défendeurs.

Marcel FOULON

الملحق الرابع

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

Loi n° 94-653 du 29 juillet relative au respect du corps humain

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344 DC en date du 27 juillet 1994,
Le Président de la Répuhliq4e promulgue la loi dont la teneur suit:

TITRE 1er

DU RESPECT DU CORPS HUMAIN

Art. 1er — L — L'intitulé du titre 1er du livre I du code civil est ainsi
1er
« Des droits civils »

IL — L'intitulé du chapitre II du titre 1er du livre 1er du même code est ainsi rédigé:

« Chapitre II

« Du respect du corps humain »

Art. 2. L'article 16 du code civil est rétabli dans la rédaction suivante et inséré au début du chapitre II du titre 1er du livre 1er du code civil:
« Art. 16. — La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

الملحق الرابع

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

Art. 3. — Après l'article 16 du code civil, sont insérés les articles 16-1 à 16-9 ainsi rédigés :

« Art. 16-1. — Chacun a droit au respect de son corps.

« Le corps humain est inviolable.

« Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

« Art. 16-2. — Le juge peut prescrire toutes les mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci.

« Art. 16-3. — Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

« Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

« Art. 16-4. — Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.

« Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.

« Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.

« Art. 16-5. — Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

« Art. 16-6. — Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci.

« Art. 16-7. — Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

« Art. 16-8. — Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur.

En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci.

« Art. 16-9. Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

Art. 4. — L'article 227-12 du code pénal est complété par un troisième et quatrième alinéa ainsi rédigés :

« Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne et ou couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

TITRE II

DE L'ÉTUDE GÉNÉTIQUE DES CARACTÉRISTIQUES D'UNE PERSONNE ET DE L'IDENTIFICATION D'UNE PERSONNE PAR SES EMPREINTES GÉNÉTIQUES

Art. 5. — Il est inséré, dans le titre Ier du livre Ier du code civil, un chapitre III, ainsi rédigé :

« Chapitre III

« De l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques

« Art. 16-10. — L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'étude.

« Art. 16-11. — L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique.

« En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli.

« Art. 16-12. — Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires ».

Art. 6. — Il est inséré, dans la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, un article 6-1 ainsi rédigé :

« Art. 6-1. — Sont seuls habilitées, en matière judiciaire, à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques les personnes

inscrites sur les listes instituées par l'article 2 de la présente loi et ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Art. 7. — Les deux premiers alinéas de l'article L. 611-17 du code la propriété intellectuelle sont ainsi rédigés :

« Ne sont pas brevetables :

« a) Les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une telle invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire ; à ce titre, le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets ».

Art. 8. — I. — La section 6 du chapitre VI du titre II du livre II du code pénal devient la section 7 de ce chapitre.

II. — L'article 226-25 du code pénal devient l'article 226-31.

III. — Il est inséré, dans le chapitre VI du titre II du livre II du code pénal, une section 6 intitulée : « Des atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques », comportant six articles ainsi rédigés :

« Art. 226-25. — Le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. 226-26. — Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. 226-27. — Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. 226-28. — Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du code de la santé publique.

« Art. 226-29. — La tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 est punie des mêmes peines.

« Art. 226-30. — Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à la présente section.

« Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8° et 9° de l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

IV. — Après l'article 226-31 du code pénal, il est inséré un article 226-32 ainsi rédigé :

Art. 226-32. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues à l'article 226-28 et de la tentative de ces infractions ayant la qualité d'expert judiciaire encourent également la radiation de la liste sur laquelle elles sont inscrites ».

V. — Dans le dernier alinéa (5°) de l'article 226-31 du code pénal, les références : « 226-15 et 226-28 » sont substituées à la référence « et 226-15 ».

Art. 9. — I. — Il est inséré dans le livre V du code pénal un titre Ier intitulé : « Des infractions en matière de santé publique ».

Il est créé, dans ce titre Ier, un chapitre Ier intitulé : « Des infractions en matière d'éthique biomédicale », comprenant quatre sections ainsi rédigées :

« Section 1

« De la protection de l'espèce humaine

« Art. 511-1. — Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

« Section 2

De la protection du corps humain

« Art. 511-2. — Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est punie de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

« Les mêmes peines son applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

« Art. 511-3. — Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues par l'article L. 671-3 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du code de la santé publique.

« Art. 511-4. — Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules et de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

« Art. 511-5. — Le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivant majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du code de la santé publique.

« Art. 511-6. — Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. 511-7. — Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-8. — Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-9. — Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons.

« Art. 511-10. — Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-11. — Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale á la procréation sans procéder à des tests de despistage des maladies transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-12. — Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-13. — Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-14. — Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Section 3
« De la protection de l'embryon humain

« Art. 511-15. — Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

« Art. 511-16. — Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. 511-17. — Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

« Art.. 511-18. — Le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. 511-19. — Le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. 511-20. — Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-21. — Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 du code de la santé publique relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-22. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 184-1 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-23. — Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. 511-24. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-5 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. 511-25. — Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 du code de la santé publique sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Section 4

« Autres dispositions et peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales

« Art. 511-26. — La tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6, 511-9 et 511-15 est punie des mêmes peines.

« Art. 511-27. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« Art. 511-28. — Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

II. — Il est crée, dans le livre V du code pénal, un titre intitulé : « Autres dispositions », comprenant un chapitre unique intitulé : « Des sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux ».

Les articles 511-1 et 511-2 du code pénal deviennent respectivement les articles 521-1 et 521-2.

TITRE III
DE LA FILIATION EN CAS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Art. 10. — Il est inséré, au chapitre Ier du titre VII du livre Ier du code civil, une section 4 ainsi rédigée :

« Section 4
« De la procréation médicalement assistée

« Art. 311-19. — En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

« Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

« Art. 311-20. — Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

« Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

« Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

« Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne recconaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

« En outre, est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 à 340-6.

« Art. 11. les dispositions de la présente loi sont applicables dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte.

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

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344 DC en date du 27 juillet 1994,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er — L'intitulé du livre VI du code de la santé publique est ainsi rédigé :

« LIVRE VI

« Don et utilisation des éléments et produits du corps humain

Art. 2. — Il est inséré, au début du livre VI du code de la santé publique, un titre Ier ainsi rédigé :

« TITRE Ier

« Principes généraux applicables au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain

« Art. L. 665-10. — La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent titre.

« Art. L. 665-11. — Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment.

« Art. L. 665-12. — Est interdite la publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain.

« Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé.

« Art. L. 665-13. — Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la

---

[1] *Journal officiel* du 30 juillet 1994, p. 11060-11068.

collecte de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 665-14. — Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.

Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique.

« Art. L. 665-15. — Le prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques sont soumis à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'État.

« Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies transmissibles.

« Un décret en Conseil d'État fixe également les conditions dans lesquelles s'exerce la vigilance concernant les éléments et produits du corps humain, les produits, autres que les médicaments, qui en dérivent, ainsi que les dispositifs médicaux les incorporant, en particulier les informations que sont tenus de transmettre les utilisateurs ou des tiers.

« Art. L. 665-16. — Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les produits du corps humain pour lesquels il est d'usage de ne pas appliquer l'ensemble des principes qu'énoncent les articles L. 665-11 à L. 665-15. La liste de ces produits est fixée par décret en Conseil d'État ».

Art. 3. — I. — Les chapitres Ier, II, III, IV et V du livre VI du code de la santé publique constituent un titre II intitulé : « Du sang humain ».

II. — La division chapitre VI du livre VI du code de la santé publique et son intitulé son supprimés.

III. — Les articles L. 671-1 à L. 671-8 du code de la santé publique deviennent les articles L. 675-1 à L. 675-8.

IV. — L'article L. 671-9 du code de la santé publique est abrogé.

Art. 4. — I. Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II *bis* intitulé : « De l'Établissement français des greffes ».

II. — L'article 56 de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, qui devient l'article L. 673-8 du code de la santé publique, est inséré dans le chapitre mentionné au I.

III. — Il est inséré, dans le même chapitre, un article L. 673-9 ainsi rédigé :

« Art. L. 673-9. — Les ressources de l'Établissement français des greffes comprennent :

« 1° Des subventions de l'État ;

« 2° Une dotation globale versée dans les conditions prévues par l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale dont les modalités de fixation et de révision sont déterminées par décret en Conseil d'État ;

« 3° Des taxes et redevances créées à son bénéfice.

« 4° Des produits divers, dons et legs ».

Art. 5. — I. Il est inséré, après le titre II du livre VI du code de la santé publique, un titre III intitulé : « Des organes, tissus, cellules et produits du corps humain ».

II. — Il est inséré, dans le titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre Ier ainsi rédigé :

« Chapitre Ier
« Des organes
« Section 1
« Dispositions communes

« Art. L. 671-1. — La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre.

« Art. L. 671-2. — Sauf dispositions contraires, les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 2
« Du prélèvement d'organes sur une personne vivante

« Art. L. 671-3. — Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe.

« En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint.

« Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment.

« Art. L. 671-4. — Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« Art. L. 671-5. — Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le

« 2° Une dotation globale versée dans les conditions prévues par l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale dont les modalités de fixation et de révision sont déterminées par décret en Conseil d'État ;

« 3° Des taxes et redevances créées à son bénéfice.

« 4° Des produits divers, dons et legs ».

Art. 5. — I. Il est inséré, après le titre II du livre VI du code de la santé publique, un titre III intitulé : « Des organes, tissus, cellules et produits du corps humain ».

II. — Il est inséré, dans le titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre Ier ainsi rédigé :

« Chapitre Ier
« Des organes
« Section 1
« Dispositions communes

« Art. L. 671-1. — La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre.

« Art. L. 671-2. — Sauf dispositions contraires, les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 2
« Du prélèvement d'organes sur une personne vivante

« Art. L. 671-3. — Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe.

« En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint.

« Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment.

« Art. L. 671-4. — Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« Art. L. 671-5. — Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le

consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance désigné par lui.

« En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République.

« L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par un comité d'experts qui s'assure que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte.

« Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.

« Art. L. 671-6. _ Le comité d'experts mentionné à l'article L. 671-5 est composé de trois membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Il comporte deux médecins, dont un pédiatre, et une personnalité n'appartenant pas aux professions médicales.

« Le comité se prononce dans le respect des principes généraux et des règles énoncés par le titre Ier du présent livre. Il apprécie la justification médicale de l'opération, les risques que celle-ci est susceptible d'entraîner
ainsi que ses conséquences prévisibles sur le plans physique et psychologique.

« Les décisions de refus d'autorisation prises par le comité d'experts ne sont pas motivées.

« Section 3

« Du prélèvement d'organes sur une personne décédée

« Art. L. 671-7. — Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et après que le constat de la mort a été établi dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

« Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement.

« Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. Les conditions de fonctionnement et de gestion du registre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille.

« Art. L. 671-8. — Si la personne décédée était un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, le prélèvement en vue d'un don ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal y consente expressément par écrit.

« Art. L. 671-9. — Aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement ou par le témoignage de sa famille.

« Toutefois, lorsque le défunt est un mineur, ce consentement est exprimé par un des titulaires de l'autorité parentale.

« La famille est informée des prélèvements effectués en vue de rechercher les causes du décès.

« Art. L. 671-10. — Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation, d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts.

« L'établissement français des greffes est informé de tout prélèvement visé au I de l'article L. 673-8.

« Art. L. 671-11. — Les médecins ayant procédé à un prélèvement sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la restauration décente de son corps.

« Section 4

« De l'autorisation des établissements effectuant des prélèvements d'organes en vue de dons

« Art. L. 671-12. — Les prélèvements d'organes ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative.

« L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

« Art. L. 671-13. — Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes au titre de cette activité.

« Art. L. 671-14. — Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements d'organes, sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 5

« Des transplantations d'organes

« Art. L. 671-15. — Les dispositions de l'article L. 672-10 sont applicables aux organes lorsqu'ils peuvent être conservés. La liste de ces organes est fixée par décret.

« Pour l'application aux organes de ces dispositions, la délivrance de l'autorisation mentionnée à l'article L. 672-10 est subordonnée aux conditions prévues à l'article L. 672-14.

« Art. L. 671-16. — Les transplantations d'organes sont effectués dans les établissements de santé autorisés à cet effet dans des conditions prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code.

« Peuvent recevoir l'autorisation d'effectuer des transplantations d'organes les établissements qui son autorisés à effectuer des prélèvements d'organes en application de l'article L. 671-12 et qui, en outre, assurent des activités d'enseignement médical et de recherche médicale dans les conditions prévues par les dispositions de l'ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la

création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, ainsi que les établissements de santé liés par convention aux précédents dans le cadre du service public hospitalier.

« Art. L. 671-17. — Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des transplantations d'organes au titre de ces activités ».

Art. 6. — Il est inséré, après le chapitre Ier du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II ainsi rédigé :

« Chapitre II
« Des tissus, cellules et produits
« Section 1
« Dispositions communes

« Art. L. 672-1. — Les tissus, cellules et produits humains prélevés à l'occasion d'une intervention médicale et le placenta, lorsqu'ils sont conservés en vue d'une utilisation ultérieure, sont soumis aux seules dispositions des articles L. 665-12, L. 665-13, L. 665-14, L. 665-15 et de la section 4 du présent chapitre.

« Art. L. 672-2. — Les dispositions des sections 2 et 3 du présent chapitre s'appliquent sous réserve des dispositions du livre II *bis* relatives à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

« Art. L. 672-3. — Sauf dispositions contraires, les modalités d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 2
« Du prélèvement de tissus et de cellules et de la collecte des produits du corps humain en vue de dons

« Art. L. 672-4. — Le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte des produits du corps humain sur une personne vivante ne peut être effectué que dans un but thérapeutique ou scientifique.

« Art. L. 672-5. — Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

« Art. L. 672-6. —Un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles le prélèvement de tissus et de cellules et la collecte de produits du corps humain sur une personne décédée sont autorisés.

« Un tel prélèvement ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et dans les conditions prévues aux articles L. 671-7, L. 671-8 et L. 671-9.

« Section 3

« De l'autorisation des établissements et organismes effectuant des prélèvements de tissus ou de cellules du corps humain en vue de dons

« Art. L. 672-7. — Les prélèvements de tissus et cellules du corps humain en vue de dons ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative.

« L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

« Art. L. 672-8. — Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements de tissus au titre de cette activité.

« Art. L. 672-9. — Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements de tissus, sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Section 4

« De la conservation et de l'utilisation des tissus et cellules du corps humain

« Art. L. 672-10. —Peuvent assurer la transformation, la conservation, la distribution et la cession des tissus et cellules les établissements publics de santé et les organismes à but non lucratif autorisés à cet effet par l'autorité administrative. Cette autorisation est accordée pour une durée de cinq ans. Elle peut être renouvelée.

L'autorisation d'effectuer la transformation des prélèvements ou l'établissement des cultures cellulaires, ainsi que leur conservation, leur distribution et leur cession, peut être accordée dans les mêmes formes à d'autres organismes pour les activités requérant une haute technicité. Les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 672-11. — Le prélèvement, le traitement, la transformation, la manipulation et la distribution des produits cellulaires destinés à la mise en œuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique sont régis par les dispositions du titre Ier du présent livre dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

« Lorsque ces produits cellulaires constituent des médicaments, ces activités sont régies par les dispositions du livre V.

« Lorsqu'ils ne constituent pas de médicaments, leur prélèvement, leur transformation, leur conservation et leur distribution sont réalisés par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'État et autorisés par l'autorité administrative compétente.

« Les décrets en Conseil d'État visés aux articles L. 666-8 (4°), L. 672-10 et au présent garantissent l'unité du régime juridique applicable au prélèvement, au traitement, à la transformation, à la manipulation et à la

distribution des produits cellulaires destinés à la mise en œuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique.

« Art. L. 672-12. — La transformation, la distribution et la cession des tissus et cellules sont, entant que de besoin, assujetties à des règles, notamment financières et économiques, propres à assurer le respect des dispositions du titre Ier du présent livre, et fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 672-13. — Les greffes de tissus et de cellules ne peuvent être effectuées que dans des établissements de santé.

« Les activités requérant une haute technicité ou nécessitant des dispositions particulières dans l'intérêt de la santé publique, déterminées par décret en Conseil d'État dans les conditions prévues par les sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé autorisés à cet effet.

« Art. L. 672-14. — La délivrance des autorisations mentionnées aux articles L. 672-10 et L. 672-13 est subordonnée à des conditions techniques, sanitaires ou médicales et, en tant que de besoin, financières, ainsi qu'à des conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés par le titre Ier du présent livre.

« Ces conditions et les modalités de délivrance sont fixées pour chacune des autorisations par décret en Conseil d'État ».

Art. 7. — Il est inséré, après le troisième alinéa (3°) de l'article L. 666-8 du code de la santé publique, un 4° ainsi rédigé :

« 4° Des préparations cellulaires réalisées, à partir du prélèvement de cellules souches hématopoïétiques et de cellules somatiques mononucléées, par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'État et autorisés par le ministre chargé de la santé, sur proposition de l'Agence française du sang lorsque la demande est présentée par un établissement de transfusion sanguine ».

Art. 8. — Il est inséré, après le chapitre II du titre Ier du livre II du code de la santé publique, un chapitre II *bis* ainsi rédigé :

« Chapitre II *bis*
« Assistance médicale à la procréation

« Art. L. 152-1. — L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel.

« Art. L. 152-2. — L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande d'un couple.

الملحق الرابع

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

« L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.

« Art. L. 152-3. — Un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des deux membres du couple.

« Compte tenu de l'état des techniques médicales, les deux membres du couple peuvent décider par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser leur demande parentale dans un délai de cinq ans.

« Les deux membres du couple sont consultés chaque année pendant cinq ans sur le point de savoir s'ils maintiennent leur demande parentale.

« Un décret en Conseil d'État détermine les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de leur conservation pendant la durée d'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, notamment lorsqu'ils cessent leur activité.

« Art. L. 152-4. — A titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple, dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

« En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

« Art. L. 152-5. — A titre exceptionnel, un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 152-2 et pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon.

« L'accueil d'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 152-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique.

« Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

« Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

« Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

« L'accueil d'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

« Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

« Art. L. 152-6. — L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir.

« Art. L. 152-7. — Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles.

« Art. L. 152-8. — La conception *in vitro* d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite.

« Toute expérimentation sur l'embryon est interdite.

« A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons.

« Leur décision est exprimée par écrit.

« Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon.

« Elles ne peuvent être entreprises qu'après avis conforme de la commission mentionnée à l'article L. 184-3 ci-dessous dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.

« La commission rend publique chaque année la liste des établissements où s'effectuent ces études, ainsi que leur objet.

« Art. L. 152-9. — Les actes cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, définis par décret en Conseil d'État, sont effectués sous la responsabilité d'un praticien nommément agréé à cet effet dans chaque établissement ou laboratoire autorisé à les pratiquer.

« Art. L. 152-10. — La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.

« Ils doivent notamment :

« 1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ;

« 2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité ;

« 3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment :

« Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

« La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.

« La confirmation de la demande est faite par écrit.

« La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'État.

« L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

« Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire ».

Art. 9. — Les embryons existant à la date de promulgation de la présente loi et dont il a été vérifié qu'ils ne font pas l'objet d'une opposition à un accueil par un couple tiers et qu'ils satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5.

Si leur accueil est impossible et si la durée de leur conservation est au moins égale à cinq ans, il est mis fin à cette conservation.

Art. 10. — Il est inséré, après la section 4 du chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, une section 5 ainsi rédigée :

« Section 5

« Dispositions spécifiques au don et à l'utilisation de gamètes

« Art. L. 673-1. — Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation.

« Art. L. 673-2. — Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé. Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur, qui peut être révoqué, avant toute intervention, par l'un ou l'autre des membres du couple.

« Art. L. 673-3. — Toute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et toute mélange de sperme sont interdits.

« Art. L. 673-4. — Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de cinq enfants.

« Art. L. 673-5. — Les activités de recueil, traitement, conservation et cession de gamètes ne peuvent être pratiquées que dans les organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratifs autorisés à cet effet par l'autorité administrative, suivant les modalités prévues par les dispositions des

sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII. Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens au titre de ces activités.

« Pour être autorisés à exercer ces activités, les organismes et établissements visés au premier alinéa doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions définies par décret en Conseil d'État propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux prévus par le titre Ier du présent livre. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus ces organismes et établissements au regard de la conservation des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités.

« L'autorisation porte sur une ou plusieurs activités. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée à l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

« Tout organisme ou établissement autorisé à exercer ces activités est tenu de présenter au ministre chargé de la santé le rapport annuel d'activité prévu à l'article L. 184-2.

« Art. L. 673-6. — Les organismes et établissements autorisés dans les conditions prévues à l'article L. 673-5 fournissent aux autorités sanitaires les informations utiles relatives aux donneurs. Un médecins peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

« Art. L. 673-7. — Le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme ».

Art. 11. — Il est inséré, après la section 3 du chapitre V du titre Ier du livre II du code de la santé publique, une section 4 ainsi rédigée :

« Section 4
« Activités d'assistance médicale à la procréation

« Art. L. 184-1. — Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé.

« Les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale.

« À l'exception de l'insémination artificielle, les activités, tant cliniques que biologiques, d'assistance médicale à la procréation doivent être autorisées suivant les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII. Cette autorisation vaut dérogation, au sens des

dispositions du sixième alinéa de l'article L. 761, pour les laboratoires d'analyses médicales.

« Pour être autorisés à exercer ces activités, les établissements et les laboratoires mentionnés aux premier et deuxième alinéas du présent article doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions de fonctionnement définies par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de la conservations des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités.

« L'autorisation porte sur une ou plusieurs des activités d'assistance médicale à la procréation, avec ou sans tiers donneur. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

« Art. L. 184-2. — Tout établissement ou laboratoire autorisé à pratiquer des activités d'assistance médicale à la procréation ou de diagnostic prénatal, tout centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal est tenu de présenter au ministre chargé de la santé un rapport annuel d'activité suivant des modalités déterminées par arrêté de ce ministre.

« Il est également tenu d'établir et de conserver dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État des registres relatifs aux gamètes et aux embryons qu'il conserve.

« Art. L. 184-3. — La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal est chargée de donner un avis sur les demandes d'autorisation d'exercice des activités d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal, sur les demandes d'agrément des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal ainsi que sur les décisions de retrait d'autorisation. Elle participe au suivi et à l'évaluation du fonctionnement des établissement et laboratoires autorisés.

« Elle remet chaque année au ministre chargé de la santé un rapport portant sur l'évolution de la médecine et de la biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal.

« La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal comprend des praticiens désignés sur proposition de leurs organisations représentatives, des personnalités choisies en raison de leur compétence dans les domaines de la procréation, de l'obstétrique, du diagnostic prénatal, du conseil génétique et du droit de la filiation et des représentants des administrations intéressées et des ordres professionnels ainsi qu'un représentant des associations familiales.

« La commission est présidée par un membre de la Cour de Cassation, du Conseil d'État ou de la Cour de comptes désigné par décret.

« Un décret en Conseil d'État fixe la composition de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et détermine les modalités de son organisation et de son fonctionnement.

« Art. L. 184-4. — Le ministre chargé de la santé communique à la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal le rapport mentionné à l'article L. 184-2 et tous documents utiles pour les besoins de sa mission.

« Art. L. 184-5. — Les membres de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et les personnes appelés à collabores à ses travaux sont tenus, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, de garder secrètes les informations dont ils peuvent avoir connaissance en raison de leurs fonctions ».

Art. 12. — Il est inséré, au début du chapitre IV du titre Ier du livre II du code de la santé publique, un article L. 162-16 ainsi rédigé :

« Art. L. 162-16. — Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales ayant pour but de détecter *in utero* chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique.

« Les analyses de cytogénétique et de biologie en vue d'établir un diagnostic prénatal ne peuvent être pratiquées, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale autorisés selon les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII.

« Les autorisations prévues par le présent article sont délivrées pour une durée de cinq ans et sont accordées après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité nationale de l'organisation sanitaire et sociale. Pour les laboratoires d'analyses de biologie médicale, cette autorisation vaut inscription sur la liste prévue à l'article L. 759.

« Des centres de diagnostic prénatal pluridisciplinaires sont créés dans des organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratif. Leurs mission, leur rôle auprès des autres intervenants en matière de diagnostic prénatal et les conditions de leur création et de leur agrément sont définis par décret en Conseil d'État ».

Art. 13. — Le deuxième alinéa de l'article L. 162-12 du code de la santé publique est complété par une phrase ainsi rédigée :

« En outre, si l'interruption est envisagé au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'un de ces deux médecins doit exercer son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire ».

Art. 14. — Il est inséré, après l'article L. 162-16 du code de la santé publique, un article L. 162-17 ainsi rédigé :

الملحق الرابع

القوانين الفرنسية المنظمة لتقنية

التلقيح الإصطناعي

« Art. L. 162-17. — Le diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro* n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

« Un médecins exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire tel que défini par l'article L. 162-16 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

« Le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

« Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

« Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de recherche cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

« Il ne peut être réalisé que dans un établissement autorisé à cet effet après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ».

Art. 15. — Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III

« Sanctions pénales et administratives relatives à l'utilisation des éléments et produits du corps humain

« Art. L. 674-1. — Toute violation constatée dans un établissement ou un organisme, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires relatives aux prélèvements et aux transplantations d'organes, aux prélèvements, à la conservation et à l'utilisation de tissus ou aux greffes de tissus ou de cellules du corps humain entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10, L. 672-13 et L. 673-5.

« Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation.

« Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou l'organisme concerné et précisant les griefs. En cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes faisant l'objet des activités en cause, une suspension provisoire peut être prononcée à titre conservatoire.

« La décision de retrait est publiée au *Journal officiel* de la République française.

« En cas de retrait de l'autorisation prévue à l'article L. 673-5, la décision est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal ».

« Art. L. 674-2. — Comme il est dit à l'article 511-2 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

« Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

« Art. L. 674-3. — Comme il est dit à l'article 511-3 du code pénal, le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues à l'article L. 671-3 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du présent code.

« Art. L. 674-4. — Comme il est dit à l'article 511-4 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

« Art. L. 674-5. — Comme il est dit à l'article 511-5 du code pénal, le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du présent code.

« Art. L. 674-6. — Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 et puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 674-7. — Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes, de tissus, de cellules et produits humains en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende ».

Art. 16. — Les nouveaux articles L. 675-1 à L. 675-8 du code de la santé publique sont, dans la numérotation qui résulte de la présente loi, insérés dans le chapitre III du titre III du livre VI dudit code.

Art. 17. — Il est inséré, dans le chapitre III du titre III du livre VI du code de la santé publique, les articles L. 675-9 à L. 675-18 ainsi rédigés :

« Art. L. 675-9. — Comme il est dit à l'article 511-6 du code pénal, le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. L. 675-10. — Comme il est dit à l'article 511-9 du code pénal, le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des gamètes provenant des dons.

« Art. L. 675-11. — Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-12. — Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation, sans procéder aux tests de dépistage des maladies transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-13. — Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-14. — Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-15. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans ou plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« Art. L. 675-16. — Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 675-17. — Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« Art. L. 675-18. — Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6 et 511-9 dudit code auxquels renvoient les articles L. 674-2 à L. 674-5, L. 675-9 et L. 675-10 du présent code est punie des mêmes peines ».

Art. 18. — I. — Il est inséré, dans la section 4 du chapitre V du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 184-6 et L. 184-7 ainsi rédigés :

« Art. L. 184-6. — Toute violation constatée dans un établissement ou un laboratoire, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires applicables à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 184-1 et L. 162-16.

« Le retrait d'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation.

« Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou au laboratoire concerné et précisant les griefs. En cas de violation grave des dispositions de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, l'autorisation peut être suspendue sans délai à titre conservatoire.

« La décision de retrait est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal. Elle est publiée au *Journal officiel* de la République française.

« Art. L. 184-7. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 184-1 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende ».

II. — Sont insérés, au chapitre II *bis* du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 152-11 à L. 152-19 ainsi rédigés :

« Art. L. 152-11. — Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. L. 152-12. — Comme il est dit à l'article 511-15 du code pénal, le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

« Art. L. 152-13. — Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 152-14. — Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

« Art. L. 152-15. — Comme il est dit à l'article 511-17 du code pénal, le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

« Art. L. 152-16. — Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 152-17. — Comme il est dit à l'article 511-19 du code pénal, le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. L. 152-18. — Comme il est dit à l'article 511-18 du code pénal, le fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

« Art. L. 152-19. — La tentative des délits prévus par les articles L. 152-11 et L. 152-17 est punie des mêmes peines. Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par l'article 511-15 dudit code auquel renvoie l'article L. 152-12 du présent code est punie des mêmes peines ».

III. — Il est inséré, dans le chapitre IV du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 162-18 à L. 162-22 ainsi rédigés :

« Art. L. 162-18. — Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 162-19. — Le fait de procéder à une interruption volontaire de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 162-20. — Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Art. L. 162-21. — Les personnes physiques coupables des infractions prévues à la section 4 du chapitre V, au chapitre II *bis* et au présent titre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

« Art. L. 162-22. — Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies à la section 4 du chapitre V et au chapitre II *bis* du présent titre. Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ».

Art. 19. — Les établissements, laboratoires ou organismes qui, en application des dispositions législatives ou réglementaires antérieures à l'entrée en vigueur de la présente loi, ont été autorisés à pratiquer les activités de prélèvement d'organes, de transplantations d'organes, d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal visées par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 184-1, L. 673-5 et L. 162-16 du code de la santé publique doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre leurs activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande.

Les établissements, laboratoires ou organismes qui pratiques les activités de prélèvements de tissus, de conservation ou de transformation de tissus en vue de leur cession, de greffes de tissus ou de cellules, que les articles L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code de la santé publique soumettent à autorisation doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de

la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre ces activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande.

Art. 20. — Sont abrogées les dispositions de :

1° La loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires ;

2° La loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. ;

3° L'article 13 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

Art. 21. — La présente loi fera l'objet, après évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur.

Art. 22. — Il est inséré, dans le livre Ier du code de la santé publique, un titre VI ainsi rédigé :

« TITRE VI
« Médecine prédictive et identification génétique

« Art. L. 145-15. — L'examen des caractéristiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques, lorsqu'elle n'est pas réalisée dans le cadre d'une procédure judiciaire, ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique et qu'après avoir recueilli son consentement.

« Lorsque cet examen ou cette identification est effectué à des fins médicales, le consentement est recueilli par écrit. Les examens ou identifications à des fins de recherche scientifique sont régis par les dispositions du livre II *bis* du présent code.

« A titre exceptionnel, lorsque cette étude est entreprise à des fins médicales, le consentement de la personne peut ne pas être recueilli, dans son intérêt et dans le respect de sa confiance. Sous les mêmes réserves, le consentement peut également ne pas être recueilli lorsque l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques est recherchée à des fins médicales.

« Art. L. 145-16. — Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

« Art. L. 145-17. — Comme il est dit à l'article 226-25 du code pénal, le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. L. 145-18. — Comme il est dit à l'article 226-26 du code pénal, le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. L. 145-19. — Comme il est dit à l'article 226-27 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Art. L. 145-20. — Comme il est dit à l'article 226-28 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

« Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du présent code.

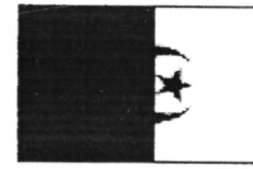
« Art. L. 145-21. — Comme il est dit à l'article 226-29 du code pénal, la tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 dudit code auxquels renvoient les articles L. 145-17, L. 145-18, L. 145-19 et L. 145-20 du présent code est punie des mêmes peines ».

Art. 23. — Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ces sujets.

Un décret en Conseil d'État précise la composition et les modalités de saisine, d'organisation et de fonctionnement du comité.

Art. 24. — Les dispositions du code de la santé publique qui citent en les reproduisant les articles d'autres codes sont de plein droit modifiées par l'effet des modifications ultérieures de ces articles.

santemaghreb.com
Le guide de la médecine et de la santé
en Algérie



Avant projet de loi relative a la santé

République algérienne démocratique et populaire
Ministère de la santé, de la population et de la réforme hospitalière

Avant projet de loi sanitaire version provisoire soumise à concertation - Février 2003

Titre VII : De l'éthique et de la déontologie

Chapitre I : Des dispositions générales

- Art 382 : Outre les problèmes liés aux comportements des professionnels de santé et à la protection des usagers de la santé, l'éthique, au sens de la présente loi, englobe l'ensemble des aspects liés à la protection et à la promotion de la santé notamment les questions relatives :
  - à l'équité dans la répartition des ressources financières en matière de santé ;
  - à la responsabilité sociale dans la protection des individus ;
  - à la reproduction humaine ;
  - aux progrès techniques dans le domaine médical.

- Art 383 : On entend par bioéthique au sens de la présente loi, l'ensemble des mesures et activités liées au don et au prélèvement d'organes et tissus, du sang humain et de ses dérivés, à l'assistance médicale à la procréation et à la recherche biomédicale.

- Art 384 : On entend par déontologie au sens de la présente loi, les règles qui régissent les rapports des professionnels de santé entre eux et avec les malades et l'administration.

- Art 385: *Il est créé, auprès du Ministre chargé de la santé, un comité national de bioéthique chargé de donner des avis et des recommandations sur les problèmes moraux soulevés par la pratique professionnelle, la recherche scientifique et l'application des technologies dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, ayant pour objet l'être humain dans sa double dimension individuelle et sociale.*
  La composition, l'organisation, le fonctionnement ainsi que

les modalités de saisine du comité national de bioéthique sont fixés par voie réglementaire.

- Art 386 : Le Ministre chargé de la santé saisit, en tant que de besoin, le comité national de bioéthique, sur les questions d'éthique liées à la pratique médicale, paramédicale et à la santé en général.

Chapitre II : Des aspects éthiques lies aux droits des patients

- Art 387 : Aucun acte médical, aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du patient. Ce consentement peut être retiré à tout moment. Le médecin doit respecter la volonté de la personne, après l'avoir informée des conséquences de ses choix.
Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.
Toutefois, en cas d'urgence, de maladie contagieuse et au cas où la vie du patient serait gravement menacée, le prestataire doit prodiguer les soins et le cas échéant passer outre le consentement.

- Art 388 : Dans la mesure où son état de santé l'exige, toute personne a le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire, au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur.

- Art 389 : Toute personne doit, sauf en cas d'urgence ou d'impossibilité, ainsi que dans les cas où le médecin a la conviction que de telles informations lui seraient nettement préjudiciables, être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, les traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus.
Cette information est assurée par tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui lui sont applicables.
Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle, tels que définis dans la présente loi, sont exercés, selon les cas, par les parents ou par le tuteur.

- Art 390 : Les prestataires de soins ainsi que tout autre employé d'un établissement de santé sont tenus au secret médical et professionnel. Ce secret couvre également le dossier médical et la sphère privée du patient.
Le secret médical peut être levé pour les mineurs et les incapables à la demande de la famille c'est à dire : le conjoint, le père, la mère, le ou les enfants, les frères, les sœurs ou le tuteur.
Le secret médical peut être levé par l'autorité judiciaire.

- Art 391 : Toute personne qui exerce une profession de santé ne peut

responsabilité d'un membre du corps médical est engagée. Ils peuvent se constituer partie civile lors d'un procès.

- Art 403 : L'exercice de la médecine, de la chirurgie-dentaire et de la pharmacie est soumis à l'inscription obligatoire aux tableaux des médecins, des chirurgiens-dentistes et des pharmaciens.
Toutefois, les médecins, les chirurgiens-dentistes et les pharmaciens de nationalité étrangère, exerçant au titre d'accords et de conventions de coopération, ne sont pas soumis à l'obligation d'inscription aux tableaux visés à l'alinéa ci-dessus.
Les praticiens médicaux recrutés en qualité de fonctionnaire ne sont pas soumis à la procédure d'inscription aux tableaux visés ci-dessus. L'acte de recrutement emporte inscription d'office aux dits tableaux.

Chapitre IV : De la bioéthique

Section 1 : Les dispositions relatives aux organes et aux tissus

- Art 404 : Les produits soumis aux dispositions du présent titre sont le sang humain et ses dérivés, les organes dont la moelle osseuse, les tissus et tout autre produit autorisé par la présente loi.
Le présent titre n'est pas applicable à certains produits du corps humain, notamment les cheveux, les dents et les ongles.

- Art 405 : Le Prélèvement d'éléments du corps humain ainsi que la collecte de ces produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable exprès, libre et éclairé du donneur. Le consentement du donneur peut être révoqué à tout moment.

- Art 406 : L'information du public en faveur d'un don d'éléments et produits du corps humain est assurée par le Ministre chargé de la santé, les institutions concernées consultées. Toutefois, la publicité en faveur d'un don d'élément ou produit du corps humain au profit d'une personne déterminée ou bien d'un établissement ou organisme déterminé, est interdite.

- Art 407 : Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits en vue d'un don ne doit donner lieu à aucun paiement de quelque nature que ce soit.

- Art 408 : Il est interdit de dévoiler l'identité du donneur au receveur, et l'identité du receveur au donneur. Il est également interdit de divulguer les informations permettant d'identifier à la fois, le donneur d'un élément ou produit du corps humain et le receveur de celui-ci. Cette interdiction peut être levée en cas de nécessité thérapeutique et dans les cas où le donneur et le receveur sont apparentés.

- Art 409 : Un prélèvement d'éléments du corps humain ou une collecte de ses produits, à des fins thérapeutiques, ne peut être effectué que si les avantages retirés sont supérieurs aux risques encourus par le receveur, compte tenu de l'état de la science.

الملحق الخامس

مشروع قانون الصحة العامة الجزائري لسنة 2003

تضمن معالجة مسألة التلقيح الإصطناعي

- Art 410 : Le prélèvement des éléments du corps humain et la collecte de ses produits sont soumis à des procédures de traçabilité.

- Art 411 : Le prélèvement et la collecte d'éléments et produits du corps humain doivent s'effectuer conformément aux règles de sécurité sanitaire définies par voie réglementaire.

- Art 412 : Le prélèvement d'organes sur une personne vivante qui en fait le don ne peut être effectué que dans un intérêt thérapeutique direct d'un receveur.
  Le donneur préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement par écrit. Ce consentement est révocable à tout moment et sans forme.

- Art 413 : Le prélèvement d'organes, en vue d'un don, sur une personne vivante mineure ou incapable, est interdit.

- Art 414 : Les activités de prélèvement d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain, effectuées conformément aux dispositions de la présente loi, sont des activités médicales.
  Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements et les praticiens effectuant des transplantations d'organes au titre de ces activités.

- Art 415 : Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques, après le constat de la mort établi conformément aux conditions définies par voie réglementaire.

- Art 416 : *Le consentement de la personne décédée est présumé, sauf si de son vivant, elle a fait part de son refus d'un tel prélèvement.*

- Art 417 : Le prélèvement, en vue d'un don, sur une personne décédée qui était mineure ou qui était incapable, ne peut s'effectuer sans le consentement de son représentant légal qui doit l'exprimer par écrit.

- Art 418 : Dans le cas où le médecin n'a pas connaissance de la volonté du défunt, il doit recueillir par tous les moyens le témoignage de sa famille.

- Art 419 : Les médecins qui établissent le constat du décès et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation doivent relever de services distincts. Les modalités d'application du présent article sont définies par voie réglementaire.

- Art 420 : Le prélèvement de tissus ou la collecte de produits du corps humain sur une personne vivante, en vue d'un don, ne peuvent être effectués que dans un but thérapeutique ou scientifique et dans les mêmes conditions que pour le don d'organes.

- Art 421 : Les prélèvements de tissus du corps humain en vue d'un don

ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé agréés et autorisés à cet effet, par le Ministère chargé de la santé, pour une durée de cinq (05) années. Cette durée est renouvelable.

- Art 422 : Les praticiens effectuant des prélèvements de tissus ne peuvent percevoir aucune rémunération à l'acte au titre de cette activité.

Section 2 : Aspects éthiques liés aux droits des donneurs de sang

- Art 423 : L'information du donneur en matière de don du sang doit s'effectuer avant et pendant le prélèvement du sang. Le don du sang doit être précédé d'un entretien médical avec le donneur. La reconstitution physique du donneur est obligatoire après chaque don de sang. Les dispositions du présent article sont précisées par arrêté du Ministre chargé de la santé.

- Art 424: Le donneur doit être âgé de dix huit (18) ans au moins et de soixante cinq (65) ans au plus. Toutefois, des prélèvements de sang peuvent être effectués à tout âge pour des raisons thérapeutiques ou scientifiques. Aucun prélèvement de sang ne peut être effectué sur des personnes dont la santé pourrait être altérée par le prélèvement ou dont le sang pourrait transmettre des agents pathogènes.

- Art 425 : *Le groupe sanguin est obligatoirement inscrit, sur le carnet de santé, sur la carte nationale d'identité et sur le permis de conduire.*

Section 3 : Les dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation

- Art 426 : L'assistance médicale à la procréation est une activité médicale qui, en cas d'infertilité avérée médicalement, permet la procréation en dehors du processus naturel. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter de transmettre à l'enfant une maladie d'une particulière gravité. Elle consiste en des pratiques cliniques et biologiques permettant la stimulation de l'ovulation, la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique ayant un effet équivalent.

- Art 427 : L'assistance médicale à la procréation est destinée exclusivement à répondre à la demande d'un homme et d'une femme en âge de procréer, vivants, formant un couple marié, souffrant d'infertilité et consentant au transfert ou à l'insémination, en vue de concevoir un enfant. Le couple doit exprimer sa demande d'assistance médicale à la procréation par écrit.

- Art 428 : Les actes cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation sont effectués par des praticiens agréés à cet effet, dans des établissements, des centres ou laboratoires autorisés à les pratiquer. Les actes cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation sont définis par voie réglementaire.

- Art 429 : Conformément aux dispositions de la présente loi, l'assistance médicale à la procréation est mise en œuvre après confirmation, par écrit, de la demande introduite par le couple. Cette confirmation écrite ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai d'un mois qui sera mis à profit pour les investiqations cliniques préalables.

- Art 430 : Préalablement à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation, le couple qui a introduit la demande d'assistance médicale à la procréation doit avoir plusieurs entretiens avec le clinicien et le biologiste de l'équipe pluridisciplinaire. Il doit pouvoir sur sa demande ou bien celle des praticiens, rencontrer tout autre membre de l'équipe pluridisciplinaire, y compris le médecin psychiatre ou le psychologue, dont l'établissement ou le centre peut s'assurer le concours.

- Art 431 : Sous peine de sanctions administratives, la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit s'effectuer dans le respect des règles de sécurité sanitaire qui sont définies par voie réglementaire.

- Art 432 : Les établissements pratiquant la procréation médicalement assistée sont tenus de transmettre à l'autorité sanitaire concernée un rapport annuel de leurs activités.

- Art 433 : Le nombre d'embryons à transférer doit être discuté conjointement entre le couple, le clinicien et le biologiste. Il doit être limité à trois (03) ; au-delà de ce nombre. les raisons doivent être justifiées dans le dossier de la patiente.

- Art 434 : Sont interdits, sous peine de sanction pénale :
  - le don de spermatozoïdes ;
  - le don d'ovocytes, même entre coépouses ;
  - le don d'embryons surnuméraires ou non à une mère porteuse ou adoptive, même entre sœurs ou mère et filles ;

  Le prêt de cytoplasme est assimilé au don d'ovocytes.

- Art 435 : Toute reproduction d'organismes vivants génétiquement identiques, concernant l'être humain et toute sélection du sexe sont interdites, sous peine de sanctions administratives et pénales.

Section 4 : Les dispositions relatives à la recherche biomédicale

- Art 436 : La recherche biomédicale consiste en des essais sur l'être humain en vue de développer les connaissances biologiques et thérapeutiques et d'améliorer les pratiques médicales. Ces essais sont désignés par la présente loi sous le nom "d'essais cliniques". La recherche biomédicale est soumise à autorisation du Ministre chargé de la santé, après avis conforme du comité national de bioéthique.

- Art 437 : Pour que les essais cliniques puissent etre effectués, il faut notamment que les personnes soumises à la recherche aient donné leur consentement libre, exprès et éclairé, par écrit ou attesté par écrit, après avoir été informé notamment sur :

- la nature et le but de l'essai ;
- les risques, les inconforts et les bénéfices prévisibles ;
- leur droit à une compensation en cas de dommages imputables à l'essai ;
- leur liberté de retirer leur consentement à tout moment sans préjudice pour leur prise en charge thérapeutique.

- Art 438 : Les essais cliniques sur les personnes mineures ou incapables sont interdits, sauf dérogation du Ministre chargé de la santé.

- Art 439 : Les modalités d'application de la présente section seront définies en tant que de besoin par voie réglementaire.

Chapitre V : Des dispositions pénales

- Art 440 : Quiconque contrevient aux dispositions de l'article 405 de la présente loi est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq(5) ans et d'une amende de 100.000 DA.

- Art 441 : Quiconque contrevient aux dispositions de l'article 406 alinéa 2 de la présente loi est puni d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à un (1) an.

- Art 442 : Quiconque contrevient aux dispositions de l'article 407 de la présente loi est puni d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à un (1) an et d'une amende de 100.000 DA.

- Art 443 : Quiconque contrevient aux dispositions de l'article 408 de la présente loi est puni d'une peine d'emprisonnement de un (1) à six (6) mois et d'une de 1.000 à 5.000 DA.

- Art 444 : Quiconque contrevient aux dispositions des articles 413, 417 et 438 de la présente loi est puni d'une peine d'emprisonnement de dix (10) ans et d'une amende de 500.000 DA.

- Art. 445 : Quiconque contrevient aux dispositions de l'article 434 de la présente loi est puni d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans et d'une amende de 10.000 DA.

- Art 446 : Quiconque contrevient aux dispositions de l'article 435 de la présente loi est puni d'une peine d'emprisonnement de vingt (20) ans et d'une amende de 500.000 DA.

Titre VIII : Des dispositions transitoires et finales

- Art 447 : En attendant leur transformation en établissements publics à caractère sanitaire, les établissements publics de santé demeurent régis par les dispositions en vigueur à la date de promulgation de la présente loi.

- Art 448 : Un délai de cinq ans est prévu pour la mise en place des agences régionales sanitaires, de l'Agence nationale pour le développement de l'évaluation et de l'accréditation et l'Agence

nationale de sécurité sanitaire en produits pharmaceutiques et ce, à compter de la promulgation de la présente loi.

- Art 449 : Sont abrogées les dispositions de la loi n° 85 - 05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé.

Préambule

Titre I : Des principes et des dispositions fondamentaux

Titre II : De la protection générale de la santé

Titre III : De la protection des malades atteints de troubles mentaux et psychologiques

Titre IV : De l'organisation et du financement du système national de santé

Titre V : Des professions et des personnels de santé

Titre VI : De la pharmacie

Ce site est développé par
NG Santé Tropicale
La santé Tropicale sur Internet
Copyright © 2004 NG COM Santé tropicale. Tous droits réservés.

- المراجع العامة

1- باللغة العربية

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

2- الشافعي أحمد محمود، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، 1987.

3- الكعبي خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

4- إيهاب اليسر أنور، المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب، جامعة القاهرة، 1994.

5- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999.

6- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

7- بن ملحة الغوتي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005

8- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.

9- سعد عبد العزيز، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.

10- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة مدعمة بالإجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

11- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

12- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003.

13- نجيب حسين محمود، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

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

2- باللغة الفرنسية

15- COURBE Patrick, Droit de la famille, collection, compact, Armand Collin, 2ème éditions, 2001

16- COURNU Gérard, Droit civil, la famille, Paris, 1984.

17- NICOLEAU Patrick, Droit de la famille, Ellipses, Paris, 1995

18- RUBELLIN- DEVICHI Jacqueline, Droit de la famille, Dalloz, Paris, 2001- 2002

II- المراجع الخاصة

1- باللغة العربية

أ- المؤلفات

19- سوكة عبد الرزاق، أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب والقانون، القاهرة، 1988.

20- رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، 1996.

21- عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية والقانون، الناشر، دار النهضة العربية.

22- فاخوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء، أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة السادسة، 1991.

ب- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

23- العربي الشحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الإصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، جامعة السانيا، وهران، 1999- 2000.

24- مكرلوف وهيبة، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004- 2005.

2- باللغة الفرنسية

23- ANDORNO Roberto, La distinction juridique entre les personnes et les choses – A l'épreuve des procréations artificielles, L.G.D.J., 1996.

24- ATIAS Christian, La situation juridique de l'embryon conçu dans la vie prénatale, biologie et droit, Paris, 1986.

25-BAUDOUIN Jean Louis et LABRUSS- RIOU Catherine, Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles, Paris, 1985.

26- BERNARD Jean, La bioéthique, Paris, Collection Dominos, 1994.

27-BLAN Marcel, Les scientifiques, l'éthique et la démocratie – dans éthique médicale et droit de l'homme, Paris, Acte sud- Inserm, 1988.

28- CARRERE d'ENCAUSSE Marina et CYMES Michel, Un bébé sur commande, tout ce qu'il faut savoir sur l'assistance médicale à la procréation, Magazine de la santé au quotidien, Marabout, 2006.

29- Conseil d'Etat, Les lois de bioéthique : Cinq ans après, La documentation française, Paris, 1999.

30- DHONTE- ISNARD Emmanuelle, L'embryon in vitro et le droit, édition Harmattan, Paris, 2004.

31-KHIATI Mostefa, L'islam et bioéthique, réponse de l'éthique de l'islam aux progrès technologiques médicaux, édition forem, (S.A.E).

32-LABBE Xavier, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Presse universitaire de Lille, 1990

33- MIGUEL Jean et BUTRUILLRE Christophe, Le guide de la fécondation in vitro, édition Albin Michel, Paris, 2033.

34- MONDELBAUM Jean, Génération éprouvette, les procréations médicalement assistées, 1991.

35- TERRE François, L'enfant de l'esclave, génétique et droit, Paris, Flammarion, 1987

III- المقالات

1- باللغة العربية

34- أبو البصل عبد الناصر، طرق اختيار جنس الجنين وحكمها الشرعي، جريدة الغد، 03 مارس 2006.

35- البار محمد علي، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، بحث مقدم للدورة الثالثة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالأردن بتاريخ 1407/02/08ه، مجلة المجمع، 1408ه الموافق ل 1987، الجزء الأول، العدد 03.

36- البسام عبد الرحمن، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الجزء الأول، العدد 02.

37- السقا السيد سلامة، زرع الأجنة إلى أين؟ منار الإسلام، جويلية 1984، العدد 10.

38- المضواحي عمر، وكالات لتأجير الأرحام وشتل الأجنة، جريدة المسلمون، 28 ماي 2000، عدد 634.

39- بداوي علي، الإلتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني،بدون سند الطبع، الجزء الأول.

40- بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2005، العدد03.

41- تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزائر، 2002، العدد01.

41- تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2003، العدد 01.

43- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2005، العدد03.

44- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006، العدد 04.

45- تشوار حميدو زكية، حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2003، العدد 01.

46- تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006، العدد 04.

47- زايد فهيم، التلقيح الصناعي والمجهري كيف نفرق بينهما؟ العالم الإسلامي، 28 ماي 2000، العدد 1651.

48- صالح جميل، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، موسوعة الفكر القانوني،بدون سند الطبع،الجزء الأول.

49- فراج إسماعيل، عودة وأد البنات، جريدة المسلمون، 21 فبراير1997، العدد629.

50- مامون عبد الكريم، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2004، العدد 02.

51- مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006، العدد 04.

52- محافظي محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، مجلة دراسات قانونية، دار النشر والتوزيع، الجزائر، 2003، العدد 08.

53- مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1999، العدد 04.

54- ميكالي الهواري، المسؤولية الطبية عن الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، موسوعة الفكر القانوني، بدون السند الطبع، الجزء الأول.

2- باللغة الفرنسية

55- BLANCHET Valérie et FLIS- TREVES Mariel, Du coté des donneuses, les procréations médicalement assistées, Vingt ans après, éditions Jacob ODILE, France, 1998.

56- BRIAD Marie Louise, Conseil génétique, banalisation du diagnostic prénatal, eugénisme, l'heure du doute, insémination artificielle, in enjeux et problème éthique- éthiques et sciences- édition John LIBBEY, Eurotext, Paris, 1994.

57- CLAVERT André, La fécondation des CECOS, l'heure du doute, insémination artificielle, in enjeux et problème éthique- éthiques et sciences- édition John LIBBEY, Eurotext, Paris, 1994.

58- CREACH LE MER Marie Noëlle et STOLERU Serge, Etude de l'influence des facteurs psychologiques sur le taux de succès de fécondations in vitro, les procréations médicalement assistées, Vingt ans après, éditions Jacob ODILE, France, 1998.

59- DEIFUSS- NETTER Frédérique, Accueil d'embryon, étude mise à jour le 25 Octobre 2004 à la faculté de droit de l'université de Paris 5.

60- DEIFUSS- NETTER Frédérique, Statut de l'embryon et du fœtus, étude mise à jour le 08 Novembre 2004 à la faculté de droit de l'université de Paris 5.

61- Déclaration de principe conjointe, Considérations déontologiques sur la reproduction assistée, ententes de gestation pour autrui, journal SOGC, Août 1999.

62- FRYDMAN René, L'embryon cet inconnu, les procréations médicalement assistées, Vingt ans après, éditions Odile Jacob, France, 1998.

63- Guy RAYMOND, La procréation artificielle et le droit français, juris classeur périodique, 1983, I, 3114.

64- KALFAT Choukri, Les problèmes engendres par la procréation artificielle, Revue des Sciences Juridiques et Administratives, 2006, n°4.

65- LABRUSSE- RIOU Catherine et BELLIVIER Florence, Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé, études de droit contemporain, Revue International de Droit Comparé, Juin 2002, numéro 02.

66- LEZZAR Nasredine, Le nouveau code de la famille et l'insémination artificielle, journal El Watan du 02 juillet 2005.

67- MICHAUD Jean, Aspect juridique de la responsabilité médicale et institutionnelle, l'heure du doute, insémination artificielle, in enjeux et problème éthique - éthiques et sciences- édition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994.

68- NOVAES Simone, Responsabilité médical, l'heure du doute, insémination artificielle, in enjeux et problème éthique - éthiques et sciences- édition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994.

69- OSSOUKINE Abdelhafid, A propos d'un code de bonne conduite en matière d'insémination artificielle, Quotidien d'Oran du 31 Août 2005.

70- RUBELLIN- DEVICHI Jacqueline, Procréation médicalement assistée, assistance médicale à la procréation : trop de législation ? juris classeur périodique, 1994, I, 3771.

71- SALVAGE Philipe, La viabilité de l'enfant nouveau-né, revue trimestrielle du droit civil, 1976.

72- SELVA Jacqueline, Le contrôle génétique du donneur, l'heure du doute, insémination artificielle, in enjeux et problème éthique - éthiques et sciences- édition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994.

.

73- TONKEIWICZ Stanislas, Le Fantasme d'enfant parfait, l'heure du doute, insémination artificielle, in enjeux et problème éthique - éthiques et sciences- édition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994.

74- WEIL Jacques, Responsabilité médicale et institutionnelle, l'heure du doute, insémination artificielle, in enjeux et problème éthique - éthiques et sciences- édition John LIBBEY Eurotext, Paris, 1994.

IV - المقالات على مواقع الإنترنيت

1- باللغة العربية

75- أحمد الزرقاء مصطفى، التلقيح الإصطناعي وأطفال الأنابيب، ندوة عقدها مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، الموقع: www.taiba.org

76- برادة غزيول أمحمد، الإخصاب الصناعي من منظور إسلامي، الموقع: membres lycos.fr/berradaz/m3.htm

77- شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، الموقع: www.islamicfeqh.com/magazines/feqh23a/ara23007.htm

78- صادق زوزو فريدة، وسائل الإنجاب الاصطناعية والحاجة إلى توجيه البحث العلمي فيها بالنظر المقاصدي، الموقع: www.lahaonline.com

2- باللغة الفرنسية

79- BAUR Michel, Miroir d'une bioéthique expérimentale, l'intégration au service public hospitalier et devenir de leur identité sur : www.génétique.org.fr

80- HEDON, ROVER et SPEIR, Procréation assisté, congélation des embryons humains, étude mise à jour en 1988 sur : www.affection.org/santé/contracéption/assistée

81-Assistance médicale à la procréation, 50 ans de bioéthique sur : www. génétique.org.fr

82-La fécondation in vitro, la fécondation in vitro est-elle permise en islam ? sur : www.muslim.fr.com

83- L'insémination artificielle, les guides pratiques, 25 Février2005 sur : www. e-santé.fr

الـــفـــهـــرس

مقدمة عامة 01

الفصل الأول : صور التلقيح الإصطناعي 08

المبحث الأول: التلقيح الإصطناعي الداخلي 08

المطلب الأول: التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج 09

الفرع الأول: التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج أثناء حياته 11

أولا: مدى مشروعية هده العملية 13

1- موقف المشرع الفرنسي 13

2- موقف المشرع الجزائري 15

ثانيا: الشروط الواجب توافرها لإجراء عملية التلقيح الإصطناعي 15

1- الشرط الموضوعي 16

2- الشروط الواجب توافرها في الزوجين 16

أ- وجود رابطة زواج أو حياة مشتركة 17

ب- شرط السن 19

ج- شرط الرضا 20

ثالثا: حالة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية 25

الفرع الثاني: ممارسة التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج 27

أولا: موقف الفقه الفرنسي من التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة 30

1- حجج المؤيدين لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة 30

2- حجج المعارضين لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة 31

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي من ممارسة التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة قبل صدور قانون 1994 وقانون 2004 33

1- موقف القضاء المؤيد لعملية التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة 33

2- موقف القضاء المعارض لأسلوب التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة 35

ثالثا: موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من التلقيح الإصطناعي بعد الوفاة 36

المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 39
الفرع الأول: الجدل القائم حول مدى مشروعية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 40
أولا: موقف الفقه من عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 41
1- حجج المؤيدين لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 41
2- حجج المعارضين لعملية التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 42
ثانيا: موقف القضاء الفرنسي من أسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 43
1- موقف القضاء الفرنسي المعارض لهذا الأسلوب من التلقيح 44
2- موقف القضاء المؤيد لأسلوب التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 46
ثالثا: موقف التشريع من التلقيح الإصطناعي بنطفة الغير 48
الفرع الثاني: إختيار المتبرع 52
أولا: المبادئ المعتمد عليها في إختيار الغير 52
1- مبدأ مجانية التبرع 52
2- مبدأ المجهولية 54
ثانيا: الشروط الواجب توافرها لإختيار الغير 58
I- الشروط الواجب توافرها في المتبرع 58
1- شرط الزواج 58
2- الرضا 60
3- شرط السن 61
4- تحديد عدد الولادات 62
5- خضوعه لإجراء فحوص طبية 63
II - الشروط الواجب توافرها في المستفيدين من التبرع 64
المبحث الثاني: التلقيح الإصطناعي الخارجي 65
المطلب الأول: التلقيح الإصطناعي بواسطة أنبوب الإختبار 66
الفرع الأول: تعدد تقنيات التلقيح الإصطناعي بواسطة الأنبوب 67
أولا: إحداث التلاقي بين مني الزوج وبويضة رحم الزوجة 68

ثانيا: التلقيح الإصطناعي داخل الأنبوب ببويضة أجنبية عن الزوج 73
1- مصدر التبرع 73
2- الشروط الواجب توافرها في المتبرعة بالبويضات 76
3- مقارنة بين المتبرع بالمني والمتبرعة بالبويضات 77
أ- أوجه التشابه بين النوعين من التبرع 77
ب- أوجه الإختلاف بين المتبرع بالمني والمتبرعة بالبويضة 77
ثالثا: التلقيح الإصطناعي باستخدام مني رجل أجنبي وبويضة رحم امرأة أجنبية 79
1- مدى مشروعيتها 80
2- استقبال البويضات المخصبة 81
3- الشروط الواجب توافرها لإستقبال البويضات المخصبة 83
أ- الشروط الواجب توافرها في صاحبي البويضة 83
ب- الشروط الواجب توافرها في مستقبلي البويضة 86
ج- الشروط التي يجب مراعاتها من قبل القاضي 87
الفرع الثاني: زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة 89
أولا: حفظ وتجميد البويضات المخصبة 89
أ- الحالة التي يتم فيها اللجوء إلى تقنية التجميد 90
ب- مدة تجميد البويضات المخصبة 91
ج- النصائح الواجب إتباعها عند التجميد 92
ثانيا: مدى شرعية زرع البويضة المخصبة بعد الوفاة 93
1- موقف الفقه الفرنسي من عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة 94
أ- حجج معارضي العملية 94
ب- حجج معارضي العملية 95
2- موقف القضاء الفرنسي من عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة 96
أ- موقف القضاء المعارض للعملية 97
ب- موقف القضاء المؤيد للعملية 99

3- موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من عملية زرع البويضات المخصبة بعد الوفاة 101
المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة 107
الفرع الأول: عقد إستئجار الرحم 109
أولا: الإتفاق المبرم بين الأم البديلة والمستفيدين 111
1- الإتفاق المبرم بين المستفيدين والأم البديلة بطريقة مباشرة 111
2- الإتفاق المبرم بين الأم البديلة والمستفيدين بطريقة غير مباشرة 112
أ- مكاتب وساطة ذات طابع تجاري 112
ب- مكاتب وساطة ذات طابع خيري تضامني 113
ثانيا: تمييز عقد تأجير الرحم عن ما شابهه من العقود 114
1- عقد تأجير الرحم وعقد الرضاع 114
2- عقد تأجير الرحم وعقد الزواج 115
3- عقد تأجير الرحم وعقد البيع 115
4- عقد تأجير الرحم وعقد الإيجار 116
5- عقد تأجير الرحم وعقد العارية 117
6- عقد تأجير الرحم وعقد الوديعة 118
ثالثا: آثار عقد تأجير الرحم 119
1- إلتزامات الأم البديلة 119
2- إلتزامات المستجن لهما 120
الفرع الثاني: مدى مشروعية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة 121
أولا: موقف الفقه من عملية التلقيح الإصطناعي عن طريق الأم البديلة 121
1- حجج المؤيدين لهده التقنية 122
2- حجج المعارضين لهده التقنية 123
ثانيا: موقف القضاء من عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة 127
ثالثا: موقف المشرعين الفرنسي والجزائري من عملية التلقيح الإصطناعي بواسطة الأم البديلة 129

الفصل الثاني: المشاكل القانونية الناجمة عن التلقيح الإصطناعي 134
المبحث الأول: المشاكل القانونية الناجمة عن تدخل الأشخاص المساهمين في عملية التلقيح الإصطناعي 136
المطلب الأول: المشاكل القانونية الناجمة عن العلاقة الطبية 137
الفرع الأول: المشاكل القانونية الناجمة عن تدخل الطبيب 139
أولا: طبيعة إلتزام الطبيب 139
ثانيا: المشاكل الناجمة عن عدم احترام الشروط المنصوص عليها قانونا 141
أ- تخلف الغرض العلاجي 142
ب- تخلف شرط الرضا 149
ج- إفشاء السر الطبي 152
ثالثا: الغش الطبي 154
1- مسؤولية الطبيب 154
2- الحق في الإجهاض 155
الفرع الثاني: المشاكل القانونية الناجمة عن إنشاء مراكز حفظ وتجميد السائل المنوي 158
أولا: صعوبة تحديد الوضع القانوني للبويضات المخصبة 159
ثانيا: تبديل المني واختلاط الأنساب 164
ثالثا: انتقال الأمراض الوراثية الخطيرة 166
رابعا: تحسين النسل واختيار الجنس 169
المطلب الثاني: المشاكل القانونية الناجمة عن العلاقة غير الطبية 172
الفرع الأول: المشاكل القائمة بين الزوجين من جراء عملية التلقيح الإصطناعي 173
الفرع الثاني: المشاكل الناجمة عن التلقيح الإصطناعي بسبب تدخل الغير 178
أولا: المشاكل القانونية الناجمة عن تلقيح الزوجة بمني غير زوجها 179
ثانيا: المشاكل الناجمة عن الإستعانة بالأم البديلة 184