جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الحماية المدنية للتلقيح الاصطناعي

مذكرة مُقدّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي تخصص قانون خاص

إعداد الطالبين:

- آيت أودية مولود
- بريك يوسف

إشراف الأستاذ:

- أ.مُحَمَّد الطيب سكيريفة

لجنة المناقشة:

لقب و اسم الاستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
حيفري نسيمة أمال	استاذ محاضر "أ"	جامعة غرداية	رئيسا
سكيريفة مُحَمَّد الطيب	استاذ مساعد "أ"	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
خطوي عبد المجيد	استاذ محاضر "أ"	جامعة غرداية	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ : 2022/06/19م

السنة الجامعية:

1442-1443هـ/2021-2022م

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الحماية المدنية للتلقيح الاصطناعي

مذكرة مُقدّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي تخصص قانون خاص

إعداد الطالبين:

- آيت أودية مولود
- بريك يوسف

إشراف الأستاذ:

- أ.مُحَّد الطيب سكيريفة

لجنة المناقشة:

لقب و اسم الاستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
حيفري نسيمة أمال	استاذ محاضر "أ"	جامعة غرداية	رئيسا
سكيريفة مُحَّد الطيب	استاذ مساعد "أ"	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
خطوي عبد المجيد	استاذ محاضر "أ"	جامعة غرداية	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ : 2022/06/19م

السنة الجامعية:

1442-1443هـ/2021-2022م

بسم الله الرحمان الرحيم

شكر والتقدير

الحمد لله تعالى الذي بنعمته تتم الصالحات

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهة من صعوبات.

وأخص بالذكر الأستاذ **سكيريفية مُحَّد الطيب** الذي كان عونا لنا والى كل اساتذتي من الطور الابتدائي الى الطور الجامعي، و الى كل زملائي.

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه استعين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

أهدي هذه الثمرة التي سهرت من أجلي ليالي ولياليي إلى:

من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح والصبر وأوصلني إلى ما أنا عليه أبي العزيز أطال الله بعمرهما وإلى إخوتي الأعزاء و الى زوجتي و ابنائي.

إلى كل من يساهم بقلبه وعقله في نشر العلم والمعرفة، إلى كل الذين يقدرون المجهودات الفعالة، إلى كل الذين ينتظرون الإصدارات الجديدة في البحث والتقنية، إلى كل من يؤمن بأن العلم رسالة الوجود الخالدة التي تهدي من الظلمات إلى النور.

إلى جميع طاقم جامعة غرداية، وكل طلبة دفعتي

أهدي عملي هذا إلى كل من يحمل لي ذرة حب.

المقدمة العامة

النسب رباط عضوي وفيزيولوجي، يحمل بعدا معنويا يربط الإنسان بذويه وأسرته من أصول وفروع وحواشي، فهو إلحاق للولد بوالديه أو أحدهما، وهو علاقة قوية تقوم عليها الأسرة، مبناها عقد الزواج وما يرتبه من علاقة جسدية تجمع الرجل بزوجته، يترتب عنها إنجاب أبناء ينسبون إليهما.

وقد أشار إليه المشرع في نص المادة 41 من قانون الأسرة بنصه:" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، بمقتضاها أكد على أن ثبوت النسب مرتبط أساسا بثبوت السبب المنشئ له وهو رابطة الزوجية الناتجة عن عقد زواج شرعي وصحيح، لم يتم نفيه بالطرق المشروعة أو ما يعرف باللعان، إلى جانب ميلاد الطفل بين أقصر وأقصى مدة الحمل .

وقد يتعذر أحيانا على الزوجين الإنجاب بطريقة طبيعية، أي عن طريق الاتصال الجنسي المباشر الأسباب مختلفة عضوية أو صحية كعقم أحدهما، مما يضطرهما إلى البحث عن وسائل أخرى بديلة لذلك، أفرزها التقدم العلمي والتكنولوجي وفي مقدمتها التلقيح الصناعي أو ما يعرف بطفل الأنابيب.

و التلقيح الاصطناعي عمل طبي، يراد به تلقيح أو إخصاب بويضة الوجه بماء زوجها أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما، بغير اتصال جنسي طبيعي، وتحت إشراف طبيب مختص، أجازه المشرع اللجوء إليه بموجب نص المادة 45 مكرر 01 من قانون الأسرة.

فقد يتم إجراء التلقيح رغم انتهاء العلاقة الزوجية بطلاق أو وفاة الزوج، وفي بعض الحالات بوفاته إكلينيكيا أو دماغيا، كما قد يحدث أن يعاني أحد الزوجين من عيب مرضي يؤدي إلى عدم إمكانية إتمام عملية التلقيح الاصطناعي بينهما، مما يستدعي تدخل الغير باعتباره طرفا فيها، حتى يمكن إتمامها، سواء بوصفه متبرعا بنطفة مذكرة، أو ببويضة مؤنثة، أو رحم لحمل البويضة، مما يؤدي إلى تعدد أشخاص عملية التلقيح الاصطناعي الذين يمكن نسبته إليه، وعدم اقتصارها على الزوجين فقط، وما يرتبه ذلك من حدوث اختلاط وشك في نسبه.

هذه الحالات، وإن كان بعضها غير مقبول أخلاقيا، وهو ما يفسر تغاضي المشرع عن تنظيمها إلا أن فرضية حدوثها في الواقع ليست مستبعدة، وعادة ما يجري الإخصاب فيها بشكل سري أو يتم خارج الوطن، مما قد يؤدي إلى إخفاء النسب الحقيقي للطفل الناتج عنها، أو صعوبة

تحديده، فضلا عن ما تحدثه من اختلاط للأنساب، قد ينتج عنها إبرام علاقات زواج محرمة مستقبلا.

أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع في كونه يتعلق بأحكام التلقيح الاصطناعي في الفقه والتشريع، فقد لاحظنا تفشي ظاهرة العقم و الكثير من المظاهر السلبية الغريبة عن مجتمعاتنا العربية والإسلامية وخاصة العزوف عن الزواج و كثرة الطلاق والكثير من المشاكل الاجتماعية الأخرى.

هذا بالإضافة إلى أن موضوع التلقيح الصناعي و بعد تعديل قانون الأسرة وإجازة المشرع الجزائري للتلقيح الصناعي بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الصادر بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يثير الكثير من الإشكالات على المستوى العلمي والشرعي والقانوني نظرا لتشعب الموضوعات التي يعالجها بالإضافة إلى أن التلقيح الصناعي له أبعاد علمية أقل ما يقال عنها أنها غريبة مثل إيجاد بنوك لحفظ المني وبنوك لحفظ الأجنة.

أسباب اختيار الموضوع

الأسباب الذاتية

لم يكن اختياري للموضوع محض صدفة ودون تفكير إنما دافع ذاتي، فقد زاولت دراستي بالثانوية قسم علمي وشاءت الأقدار أن التحق بكلية العلوم القانونية، وأردت أن يكون موضوع بحثي مزج بين المجال العلمي والقانوني، وكذلك الرغبة في التعرف على أحكام التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري والأحكام الفقهية المتعلقة به ومدى شروعيته.

الأسباب الموضوعية

- أهمية الموضوع وهي السبب الرئيس في اختياري للموضوع.
- الانتشار الهائل لحالات العقم
- إن تدخل المشرع الجزائري في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، يعتبر خطوة إيجابية تساير التطور العلمي، لكن يجب عليه تناول الموضوع بكامل أصوله وفروعه حتى يتسنى للقاضي الاستفادة منه.

– تأثير وسائل التلقيح الاصطناعي على قواعد وأحكام النسب والتي كانت ثابتة حتى وقت مضى.

– المعالجة التشريعية للموضوع، بالرغم من أن القوانين التي تحصلنا عليها قليلة مقارنة مع خطورة الموضوع.

أهداف الدراسة

تكمن أهداف الموضوع في النقاط التالية:

– محاولة معرفة الدور الإيجابي للتلقيح الاصطناعي في حل المشاكل الأسرية (استحالة الإنجاب)

– محاولة وضع لبنة جديدة في البحث العلمي في مجال الدراسات وفق القانون الجزائري مع تبيان أساليبه وخطواته

– تبيان المسائل المتعلقة أو المرتبطة بالموضوع كإثبات النسب ونفيه وكذا الأثر القانوني للتلقيح الاصطناعي على فك الرابطة الأسرية.

– تكملة الجوانب التي أغفلها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فيما يتعلق بهذا لموضوع، خاصة مشروعية التلقيح الاصطناعي ، وذلك لتبيان ما قرره الفقهاء في ذلك ، وأيضا بسطها وتوضيحها حتى تكون في متناول رجل القانون أو غيره ممن يحتاج إلى معرفة حكمها دون كبير عناء.

– تنوير فكر الباحث القانوني بآراء الفقهاء في مجال دراستنا.

الدراسات السابقة

الدراسة الأولى

التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن: هذه الرسالة من إعداد الدكتور سليمان النحوي، تحصل عليها خلال سنة 2011، وتضمنت هاته الأطروحة الباب الأول: و جاء تحت عنوان مشروعية التلقيح الصناعي و تناول فيه أربعة فصول، حيث تطرق إلى الحق في علاج العقم (في الفصل الأول) يليه التلقيح الصناعي في إطار العلاقة الزوجية في فصل ثاني) والتلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية (في فصل ثالث) ويختم

بالتلقيح الصناعي عن طريق زرع الخلايا (في فصل رابع). أما الباب الثاني: وجاء تحت عنوان نطاق الحماية الجنائية للأجنة في عمليات التلقيح و تناول فيه أربعة فصول أيضا حيث تطرق إلى نطاق الحماية الجنائية لحق الأجنة في الحياة في فصل أول) ثم اتساع نطاق الحماية الجنائية للأجنة في عمليات التلقيح الصناعي (في فصل ثاني و نطاق مسؤولية الطبيب في عمليات التلقيح (في فصل ثالث) و آثار التلقيح الصناعي (في فصل رابع).

الدراسة الثانية

الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة :" هذه الرسالة عبارة عن رسالة ماجستير، من إعداد الأستاذ بغدالي الجيلالي، وجاءت كما يلي: مقدمة وفصلين، وخاتمة تناول في الفصل الأول: التلقيح الاصطناعي وهو مقسم إلى مبحثين، الأول تناول فيه مفهوم التلقيح الاصطناعي، والثاني الآثار المترتبة عن عملية التلقيح الاصطناعي، والفصل الثاني تناول فيه: مستجدات تكنولوجيا الإنجاب، وهو مقسم إلى مبحثين، الأول تناول فيه نقل وزرع الغدد والأعضاء التناسلية، والثاني تناول فيه الاستنساخ البشري الإنجابي، أما الخاتمة: ضمنت أهم نتائج البحث وتوصياته.

الصعوبات

من أكثر الصعوبات التي ووجهة في الدراسة هي قلة المراجع حول موضوع التلقيح الاصطناعي، وخاصة المراجع التي تخص القانون الجزائري، وندرة أحكام قضائية تخص هذا الموضوع من ناحية النسب، التي كان بودنا الرجوع لها لإثراء هذا البحث من الجانب التطبيقي له أكثر.

إشكالية

إن الإنجاب من أهم الأمور التي تصبو إليها الأزواج لما لها من أهمية بالغة في تكوين الأسرة وعدم الإنجاب يعد أحد المشكلات الرئيسة التي تأرق الأسر، مما أعطا المجال العلماء الطب في البحث عن حلول يمكنها أن تحل هاته المشكلة، ومما تم التوصل إليه من الاكتشافات الطبية كالإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي، لكن استحداث هاته الظاهرة احدث جدل واسع قد أثارت العديد من الإشكالات والأسئلة والقضايا الأخلاقية والقانونية، ومنه نطرح الإشكال الأتي:

كيف تتم الحماية المدنية للقاح الاصطناعي؟ وهل هي كافية؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية أسئلة فرعية أهمها:

- ✓ كيف يتم اللجوء إلى اللقاح الاصطناعي؟
- ✓ ما هي ضوابط المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي؟
- ✓ ما هو حكم الشريعة والقانون الجزائري منه؟
- ✓ ما هو النسب وكيف يتم اتباث نسب المولود التلقيح الاصطناعي؟

المنهج المتبع

ارتكزنا في هذه الدراسة على المنهج الاستدلالي الوصفي، حيث نتم فيه بطرح كل جزئية على حدا والتفصيل فيها ثم نشير إلى ما قدمه المشرع الجزائري خاصة فيها كعلاج والإلمام بها من الناحية القانونية، إضافة على هذا موقف الشريعة الإسلامية، باعتبارها مرجع لقانون الأحوال الشخصية الجزائري.

وللتفصيل في موضوع دراستنا، ولحل كل ما طرحنا في الإشكالية والتساؤلات الفرعية اتبعنا الخطة التالية في دراستنا:

قمنا بتقسيم الدراسة إلى فصلين

الفصل الأول: إلى الضوابط المتعلقة بحماية النسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي والدي تضمن مبحثين، الأول بعنوان الإطار الشرعي للعلاقة الزوجية، أما المبحث الثاني فهو الإطار التقني قانوني لعملية التلقيح الاصطناعي.

الفصل الثاني: تحت عنوان الضوابط المتعلقة بحماية الزوجين وبدوره تضمن مبحثين، الأول الشروط العامة لإرادة الزوجين، أما المبحث الثاني الشروط الخاصة بإرادة الزوجين.

الفصل الأول

الضوابط المتعلقة بحماية نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي

تمهيد

يعتبر التلقيح الاصطناعي وسيلة تقنية بديلة للإنجاب تتم بغير الاتصال الجنسي والتلاقي الطبيعي للزوجين، وهي بمثابة حل لمشكلة عسر الحمل والإنجاب، ونظرا للاهية البالغة التي يكتسيها موضوع التلقيح الاصطناعي، خاصة فيما يخص تحديد نسب المولود باعتماد هذه التقنية، الأمر الذي فرض على المشرع ضرورة التدخل ووضع نصوص قانونية تتضمن شروط وضوابط اللجوء الى هذه التقنية، حماية لنسب المولود.

قمنا في هذا الفصل بتناول الضوابط القانونية التي ارساها المشرع الجزائري من أجل حماية نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي، من خلال تقسيمه إلى مبحثين، حيث خصص المبحث الأول للإطار الشرعي للعلاقة الزوجية متضمنا الزواج الشرعي كمطلب أول ، وكذا التلقيح أثناء فترة الزواج كمطلب ثاني، وخصص المبحث الثاني للإطار التقني قانوني لعملية التلقيح لاصطناعي وقسم لمطلبين، الأول التلقيح الاصطناعي استثناء لوجود عقم طبي مؤكد، والمطلب الثاني أن يتم بمني الزوج واستبعاد كل شخص أخر.

المبحث الأول: الإطار الشرعي للعلاقة الزوجية

تعد علاقة الزواج من أنبل و أقدس الروابط ، مجدتها الشريعة الإسلامية وإحاطتها بعناية بالغة، فهي السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والمحافظة على الأنساب. ولأن النسب حقيقة كبرى في هذا الوجود جعل الله البشر ذوي نسب وذوي مصاهرة، فذووا النسب هم الآباء والأمهات والأبناء والأعمام والأخوال، وذووا المصاهرة هم أقرباء ذوي الأنساب، فجعلت له الشريعة السمحاء ضوابط وأحكام ثابتة بغية المحافظة على روابط النسب.

المطلب الأول: الزواج الشرعي

ما الزواج في حقيقته إلا تنظيم لصلات الرجال والنساء على شكل معين وفق نظام خاص والذي ينتج عنه الإنجاب الشرعي الذي يؤدي إلى تكاثر النوع البشري واستمرار الوجود الإنساني لذا شرع الله العلاقة الزوجية وسيلة للاستقرار والتناسل، وهذه العلاقة لا تتم إلا في إطار عقد حددت الشريعة و القانون أركانه وشروطه، والعقد الصحيح هو السبب الشرعي لثبوت نسب الولد، أثناء قيام الزوجية.

الفرع الأول: العقد الشرعي في التشريع الإسلامي

حرص التشريع الإسلامي علي أن يكون الطفل نتيجة لصلة مشروعة هي عقد الزواج بين رجل وامرأة مع تحقق اللقاء الجنسي بينهما. ويتحقق نسب الولد بالفراش فور ولادته متى استوفى النسب شروطه من غير حاجة إلي بينة ولا إلى إقرار الزوج بالبنوة لقول الرسول صلى الله صلى عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ومعنى هذا أن الولد ثمرة الفراش وهو الزواج الصحيح فيستحقه الزوج وينسب إليه لأنه صاحب الفراش والعاهر الفاجر الذي يأتي نسله من طريق غير شرعي لا يجني خيرا فلا ينسب الولد إليه ولا يستحق إلا الخيبة فلفظ للعاهر الحجز كناية عن خيبة سعيه وضياع أمله.[1]

[1]- تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ط 01 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص. 163.

والمراد بالفراش في الزواج الصحيح من وقت العقد، لا من وقت الدخول الحقيقي بالزوجة بخلاف الزواج الفاسد فإن مدة الحمل فيه تبدأ من وقت الدخول الحقيقي لا من وقت العقد[1].

ومن شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح :

أولا: إمكانية الاتصال بين الزوجين : استقر جمهور الفقهاء من أن النسب يثبت بالعقد مع إمكان الدخول ، إلا أن الأحناف لم يشترطوه في الزوجين و يكفي عندهم العقد لإثبات نسب من يأتي بعده في المدة المشروعة.[2]

و قد وضع كل من الفريقين رأيه فيما يلى :[3]

1- جمهور الفقهاء: ذهبوا إلى أن الفراش يحدث بالعقد فالعقد الصحيح هو السبب في ثبوت النسب بشرط إمكان الدخول، ويضيف المالكية الإشهاد على ذلك إذا وقع الفراق قبل الدخول وكان عدم الدخول ثابتا بالطرق الشرعية ولا يثبت النسب مثلا: إذا عقد رجل بالمشرق على امرأة بالمغرب ، ولم يكن قد حصل بين الزوجين تلاقي ظاهر وأكد الزوج أنه لم يصل إليها، فلا نسب بين الزوج والولد الذي أتت به الزوجة لكون الحمل ليس منه قطعا وهذا الحكم يوافق المالكية و الشافعية و يخالفهم في ذلك مذهب الحنفية.

2- المذهب الحنفي: يرى أن العقد الصحيح فراشا ولا حاجة لإمكان الاتصال، ووجوده يكفي لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد، والواقع أن إثبات النسب من تاريخ العقد عند الحنفية وأن لم يتحقق الدخول أو الوطء، إنما يقصد به حماية الولد من الضياع وستر العرض ومنع مشكلة اللقطاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة، مثلا عندهم لو أن رجل تزوج بامرأة ولم يلتقي بها لمدة سنة، فولدت بعد 6 أشهر من تاريخ الزواج ثبت النسب لاحتمال تلاقيها لأن الإمكان المطلوب عندهم الإمكان العقلي.

---

[1]- احمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، طبعة 1987 ص. 141.
[2]- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص. 109.
[3]- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، سنة 1976، ص. 16.

3- وقد ذهب ابن تيمية: إلى أكثر من ذلك فقد اشترط الدخول المحقق أي لا يثبت الفراش إلا بمعرفة الدخول الحقيقي مستند إلى ما قاله الإمام أحمد و حجته في ذلك إن العرف وأهل اللغة لا يعدون المرأة فراشا إلا بعد البناء بها.

الفرع الثاني: العقد الشرعي في القانون

لقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري بأنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب "أما المادة 09 و 09 مكرر منه فقد نصتا على التوالي :

" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزواج

-الصداق -الولي

-شاهدان

-انعدام الموانع الشرعية للزواج.

" كما ونصت المادة 40 من نفس القانون على أنه : "يثبت النسب بالزواج الصحيح....." والزواج الصحيح هو الذي تتوافر فيه أركان الانعقاد و شروط الصحة .

إذن إثبات نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بينة، لأن الزوجة وهي مع زوجها بعقد صحيح يملك وحده حق الاستمتاع بها و حرام عليها أن تمكن غيره من هذا الاستمتاع والأصل في الإنسان الأمانة والاستقامة. وذلك يستخلص من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص " يجب على الزوجين:

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة....." لكن في الميدان العملي فإن الاستمتاع الذي شرع لأغراض معينة بينها الشرع والتشريع، قد يعترضه ما يحول دون تحقيق أهدافه الشرعية فقد تكون الزوجة كرهة لزوجها الأمر الذي يؤدي بها إلى إقامة علاقة غير شرعية، المشكلة الأساسية تتمثل في ثبوت النسب عند حمل المرأة هل هو من زوجها؟ أم أنه ابن زنا أي من رجل آخر؟ خاصة وأن الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية أصبحت تلعب دورا مهما في تحديد نسب الطفل الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يدرج الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب متى كانت العلاقة شرعية ضمن نص المادة 40 من قانون الأسرة وهذا تماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات.

فمن زاوية القانون يعتبر النسب من أهم الحقوق التي تثبت للمولود لهذا حرمت الشريعة الإسلامية وبعدها المشرع الجزائري الزنا ومن هذا يعتبر ابن الزنا ولدا غير شرعيا لا يكتسب نسب والده، والمشرع حفاظا على كرامة الطفل، أكد إلحاق الولد بأبيه كل ما أمكن ذلك لأن الأصل عنده نسبة الولد إلى فراش الزوجية وسار القضاء في نفس الاتجاه حيث جاء في قرار للمحكمة العليا انه "من المقرر قانونا ان يثبت النسب بالزواج الصحيح و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكنه الاتصال..."؛ لكن وبالرغم من الوسائل المتعددة لإثبات النسب فالمشرع أجاز للزوج نفي النسب بالطرق المشروعة(المادة41)، ولهذا فإن ثبوت النسب بالزواج الصحيح يتطلب مجموعة من الشروط.

أما بخصوص ما تضمنته المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بخصوص الاجازة للزوجين الجوء للتلقيح الاصطناعي شريطة أن يكون الزواج شرعيا، فالمقصود بالزواج الشرعي هو ذلك الزواج الصحيح المستوفي لجميع الشروط والأركان المتضمنة في المواد 07 وما يليها من قانون الأسرة، المبني على أسس تشريعية قانونية.

وهو ما أكده ذلك من خلال نص المادة 371 من قانون الصحة رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، بأن" تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا لطلب يعبر عنه رجل وامرأة يشكلان زوجا مرتبطا قانونا".

وعليه فقد فصل بذلك في الإشكال الذي كان مطروحا منذ تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بخصوص شرط الزواج الشرعي الذي تضمنته المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، لكن لم يتم تحديد المقصود بالزواج الشرعي: هل هو المبني على أسس تشريعية قانونية ؟ أم أنه مبني على أسس شرعية دينية (الفاتحة).

المطلب الثاني: التلقيح أثناء حياة الزواجين

مما سبقت الإشارة إليه فإنه لا يمكن إجراء عمليه التلقيح الاصطناعي إلا في إطار علاقة زوجيه شرعية صحيحة تقوم على العقد الشرعي القائم بوجود زوجين على قيد الحياة تحت ظل تلك الرابطة، قياسا على ما هو عليه واقع الحال أثناء الإنجاب الطبيعي.

ونجد أن فقهاء القانون انقسموا إلى فريقين بين مجيز لتلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي (فرع أول)، و فريق آخر معارض لذلك (فرع ثاني).

الفرع الأول: الفريق المجيز لتلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي

أقرت الكثير من التشريعات بجواز تلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي، الذي حفظ منيه ببنوك حفظ المني قبل وفاته، على غرار المشرع الاسباني الذي اجاز للأرملة استعمال نطفة زوجها المتوفي بشروط وفقا للقانون رقم 35 لسنة 1988[1]، وكذا المشرع البريطاني.

حيث يشترط في اجازة تلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي، وموافقة زوجها على ذلك كتابيا حال حياته ، إذ يعتبرها البعض من باب الوصية.

وحجج أنصار هذا الفريق هي:

[1]- تنص المادة 2/9 على أنه " للأرملة استعمال نطفة زوجها المتوفي خلال ستة أشهر من زواجه اإا كان زوجها ارتضى ذلك قبل وفاته و اثبت ذلك بعمل رسمي أو وصية".

- قياس التلقيح بعد الوفاة بالترخيص الممنوح للأرملة بالزواج، لاتحاد العلة في الفرضين مع اختلاف واقع الحال.
- حق الارملة بالاحتفاظ بذكرى زوجها المتوفي، وبالأخص ما لم ترغب بالزواج بعده.
- قياس جواز لمس الزوجة لزوجها بعد الوفاة الذي يدل على عدم انتهاء الحياة الزوجية بالوفاة قبل نهاية العدة (جواز تغسيل احد الزوجين للأخر أثناء وفاته) ، بجواز اجراء عملية التلقيح الاصطناعي للأرملة أثناء العدة.
- قياس الذمة الجنسية بالذمة المالية، بحيث أن جواز الوصية بالذمة المالية يجيز الوصية بالذمة الجنسية، وإذا كان القانون يجيز الوصية بالأعضاء فما يمنع من الوصية بمشتقات تلك الأعضاء.

الفرع الثاني: الفريق المعارض لتلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي

يعتبر هذا الفريق أن تلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي، يتعارض مع المبادئ والقيم الإنسانية والدينية، كما أنها تثير إشكالات عملية خاصة ما تعلق منها بنسب المولود لأبيه المتوفي، وكذا بالنسبة لمسألة الميراث.

ومن التشريعات المناصرة لهذا الفريق نجد المشرع الانجليزي الذي يقر بعدم مشروعية الطفل المولود بواسطة هذه الطريقة وبالتالي يعتبر الطفل غير شرعي[1].

فالمشرع الانجليزي تأثر كثيرا بتوصيات لجنة Warnock، فبالرجوع لنص المادة 28 من قانون 1990 الخاص بالخصوبة وعلم الأجنة، نجدها تمنع صراحة الابن المزداد بعد وفاة الزوج و تحرمه من حق الانتساب[2].

كما اشترط المشرع الفرنسي أن يكون كلا الزوجين على قيد الحياة وهذا يستلزم عدم جواز إجراء التلقيح الاصطناعي للمرأة إذا كانت علاقتها قد انفكت وعلى أساسه أصدرت محكمة

[1] - محمود محمود مصطفى ، مسؤولية الاطباء و الجراحين الجنائية ، مجلة القانون و الاقتصاد ، مارس 1998، ع1 السنة 18 القاهرة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1998.

[2] - مروك نصر الدين، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن و الشريعة الاسلامية ، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى ، سنة 1999، ع2،الجزائر ،ص 172 و ما يليها؛ شوقي زكاريا صالح، التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، العلوم الإيمان للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ، ص69.

تولوز بتاريخ 20/ 11/ 1989 حكما يقضي أنه لا يمكن أن يسلم مني الزوج بعد وفاته لزوجته لتلقح به. ويفهم من كل ما سبق أن المشرع الفرنسي رفض تلقيح المرأة العزباء رغبة منه في رعاية مصلحة الأطفال وعدم استغلالهم، كما منع منعا باتا إجراء عملية التلقيح الاصطناعي على زوجين من نفس الجنس (امرأتين أو رجلين) بل حتى على الأشخاص الذين يقومون بتغيير جنسهم مادام لم يعترف قضائيا بحالتهم ليكون بذلك وبطريقة غير مباشرة ميز بين العلاقات الشرعية والغير شرعية.[1]

وهو ما انتهجه المشرع المصري إذ اشترط لحصول الجنين على الميراث بعد ميلاده، أن يولد لثلاثة مئة و خمسة و ستين 365 يوما من تاريخ الوفاة أو الانفصال2.

كما أن تحديد هذه الوسيلة للإنجاب في حدود الرابطة الزوجية، وأثناء قيامها، أي أنه حتى في الطلاق وبكل صوره لا يجوز الأخذ بها لأن الزوج يصبح أجنبيا هنا، وهذا حفاظ على الأنساب، فإذا حدث وأن خرج الزوجين عن الصور المشروعة التي حددها، ولقحت الزوجة بمني رجل غير زوجها، أو لقحت بويضة امرأة بمني رجل أجنبي عنها أو شتلت لقيحة في رحمها، قد دخلت في باب تجاوزات الشريعة الإسلامية والتحريم، لالتقاء هذه الأساليب بالزنا[3].

وحجج أنصار هذا الفريق هي:

- عدم صحة قياس حق المرأة في الإنجاب، على حقها في التبني إذ لا يمكن قياس الإنجاب على التبني للاختلاف الشاسع بينهما.
- الهدف الأصلي للتلقيح الاصطناعي هو مساعدة الزوجين على الإنجاب بحيث ينقضي هذا الأصل الجوهري بانقضاء الرابطة الزوجية.
- اعتبار أن التلقيح بعد وفاة الزوج يوسع من دائرة الأيتام في المجتمع، وهو ما يكبد المجتمع تكاليف و أعباء على كل الأصعدة.

---

[1]- محمد بلتجي حسين ، الميراث و الوصية، طبعة مكتبة الشباب ، القاهرة، 1992، ص 136 و ما يليها.
2- عيسى امعيزة، الحمل ارثه وأحكامه وصور المعاصرين بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجيستر في العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2006/2005 ، ص113.

ومن خلال استقراء نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري اشترط لجواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أن تتم عملية التقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين وعليه لا يجوز إجراء هذه العملية بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الخلع أو الوفاة...، سواء كان هذا أثناء فترة العدة أو بعد انتهائها وهو ما تم تأكيده من خلال نص المادة 371 من قانون الصحة التي اشترطت أن تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا لطلب يعبر عنه رجل وامرأة على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبط قانونا، وهو ما يعتبر حماية مدنية مباشرة لنسب الطفل المولود باستعمال تقنية التلقيح الاصطناعي.

المبحث الثاني: الإطار التقني القانوني لعملية التلقيح

نقوم في هذا المبحث بدراسة الأسباب التي يتم اللجوء إليها للتقيح الاصطناعي وتحديد نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي في فترة الزواج.

المطلب الأول: التقيح الاصطناعي استثناء يلجئ إليه فقط لوجود عقم طبي مؤكد.

باستقراء القانون الفرنسي نجده ينص صراحة على أن العقم يمكن معالجته عن طريق المساعدة الطبية للحمل، ولكن يجب إثبات العقم طبيا إذ أوقف إجراء التلقيح الاصطناعي على أن يكون أحد الزوجين أوكلاهما عقيما، وتقديم طلب المساعدة الطبية معترك أمر إجابة الطلب من عدمه إلى الأطباء الذين سيقومون بإجراء عملية التلقيح مع العلم أنه لا يجوز لهم الرفض إلا في ظروف استثنائية كقدرة الزوجة على الحمل بالطريقة الطبيعية[1].

أما بخصوص المشرع الجزائري اعترف بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة مساعدة على الإنجاب بعد صدور الأمر 05/02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005.

حيث نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل سنة 2005 صراحة على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، إلا أن المشرع لم يفصل أكثر في الموضوع وهذا إلى غاية صدور قانون الصحة الجديد رقم 18-11 خصوصا في القسم الثالث للفصل الرابع من الباب السابع، في المواد 370 الى 376 تحت عنوان (أحكام خاصة بالمساعدة على الانجاب)، ومن خلال استقراء هذه النصوص فإن المشرع الجزائري أجاز للزوجين اللجوء إلى عمليات التلقيح الاصطناعي وفق شروط محددة سنذكرها ومن بينها العقم حيث،

"أنه تكون حالة العقم مؤكدة طبيا" يمكن القول أن هذا الشرط أضافته وأكدت عليه كل من المادة 370 و371 من قانون الصحة الجديد 18-11 أي وكشرط جوهري من أجل اللجوء إلى عملية التخصيب الاصطناعي لابد أن تتأكد حالة العقم من قبل طبيب مختص وفق تقرير طبي يؤكد توافر حالة العقم و السماح للزوجين باللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب،

[1] شوقي زكريا صالح، التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، العلوم الإيمان للنشر والتوزيع، بدون تاريخ ، ص 68 .

المتمثلة في عملية التلقيح الاصطناعي، ما يعني بمفهوم المخالفة أنه إذا لم تتأكد حالة العقم وفق تقرير طبي مفصل، فإنه لا يمكن للزوجين في هذه الحالة اللجوء إلى العملية أي أن العلاج هنا يخرج عن إطار نظام المساعدة الطبية على الإنجاب.

ويعتبر التلقيح الصناعي وسيلة حديثة لعلاج عقم الزوجية، أو بالأدق مكافحته بالتغلب على آثاره والحد منها .

فالعقم يعتبر، بالمعنى الواسع، مرضا يجوز، بل يجب التداوي منه. ومن وسائل هذا العلاج التلقيح الصناعي. وبهذا المفهوم يبدو التلقيح الصناعي على الأقل في بعض الحالات. ضرورة لا بديل عنها لإشباع الرغبة « المشروعة » في الإنجاب فالأمومة وكذلك الأبوة، رغبة طبيعية ، بل غريزة في الإنسان ليس هناك ما يمنع إذا أمكن ذلك من إشباعها. فالغاية ، وهي إشباع الرغبة في الإنجاب، تبرر الوسيلة وهي التلقيح الصناعي .

ومن ثم يجب أن يرتبط التلقيح الصناعي، من حيث وجوده، بهذا الهدف، وبه وحده. ولا عجب في ذلك، فالتلقيح الصناعي لم ينشا من البداية إلا لهذا الغرض فقط وهو مكافحة العقم والتغلب على آثاره . وإذا كان التلقيح الصناعي لا يؤدي إلى الشفاء النهائي من العقم، إلا أنه يؤدي عملا. إلى ذات النتيجة وهي إشباع الرغبة في الإنجاب. ومكافحة العقم فقط هو الذي تبرر اللجوء إلى التلقيح الصناعي. أما إذا كان التلقيح الصناعي يهدف لتحقيق رغبة أخرى، فيجب في اعتقادنا القول بعدم مشروعيته .

فالضرورة دون ريب تقدر بقدرها. ومن ثم، فلا حاجة تدعو إلى اللجوء للتلقيح الصناعي إلا في ضوء هذا القدر فقط.

ولذلك فإن التلقيح الصناعي بهدف تحسين النسل eugenique يجب القول بعدم جوازه. والفرض – هنا – أن التلقيح الصناعي قد تم بين زوجين لديهم أصلا القدرة على الإنجاب، بهدف العمل على التحكم في النطفة بما يؤدي إلى تحسين النسل. مثل هذا الفرض غير جائز. أما تحسين النسل المصاحب لتلقيح صناعي بين زوجين ليست لديهما القدرة على الإنجاب فله حكم آخر.[1]

[1] -Graymond, la procréntion artificiélle et le droit francais J C P , 1983, n6.

تلك إذن هي طبيعة التلقيح الصناعي، وذلك هو هدفه "وسيلة ترمي إلى إزالة آثار عدم القدرة على الإنجاب" . فالرغبة في الولد هي رغبة طبيعية ، فضلا عن أنها رغبة مشروعة. فإذا استحال تحقيق هذه الرغبة والأمنية عن طريق الإنجاب الطبيعي كان من المنطقي أن يمد المجتمع يده لمساعدة الزوجين المصابين بالعقم. وما التلقيح الصناعي إلا صورة من صور المساعدات الطبية التي يقدمها المجتمع لأفراده .

فإذا حاد التلقيح الصناعي عن هذا الهدف، فإنه سيؤدي ليس فقط إلى استغلال الرغبة في الإنجاب لتحقيق أغراض غير مشروعة، وإنما أيضا إلى معاملة الطفل، كالإنتاج الموصى عليه وتسليمه بمواصفات معينة[1].

وهو تصور غير مقبول أخلاقيا واجتماعيا. فالهدف من التلقيح الصناعي ليس انتاج طفل بناء على طلب أو توصية، وإنما فقط مكافحة مشكلة العقم والتغلب على آثاره ومن أجل احترام هذه الغاية، فمن الأفضل أن تقتصر صلاحية إجراء عمليات التلقيح الصناعي على بعض المراكز المعتمدة رسمية من قبل وزارة الصحة. وأن تقتصر هذه الصلاحية على المراكز التي تتوافر لها شروط معينة تحدد مقدمة بدقة متناهية. على أن يتم سحب ترخيص الصلاحية إذا أخل المركز، فيما بعد، بهذه الشروط كلها أو بعضها، مع فرض عقوبة جنائية على المسؤول .

مثل هذه الرقابة على مراكز التلقيح الصناعي من شأنها أن تضمن احترام و الغاية ، التي نشأ من أجلها وفي أحضانها التلقيح الصناعي، باعتباره – فقط – وسيلة للتغلب على آثار عدم القدرة على الإنجاب.

خامسا: أن يكون التلقيح الصناعي هو الوسيلة الوحيدة الممكنة للإنجاب:

ذكرنا أن العقم يعتبر مرضا بالمعنى الواسع لهذا المصطلح، فالجسم له صفات عضوية وحالات فيزيائية يتصف بها والخروج عنها يعتبر مرضا. ومن ثم فإذا وجد في الشخص مانع يمنعه من الإنجاب، فإن ذلك يعتبر حالة مرضية. والعقم، كمرض، يجب العمل على التداوي منه ويمكن – من الناحية الطبية – علاج العقم بوسائل مختلفة منها التلقيح الصناعي. لمن يبقي – مع ذلك – بعض الفروق الهامة بين وسائل علاج العقم طبية من ناحية، والتلقيح

[1] -Notes et etudes documentaitres étude du conseil d'Etat in de l'éthique ai droit, 1988, p54.

الصناعي من ناحية أخرى. فعلاج العقم بالوسائل الطبية الأخرى تؤدي – في حالة نجاحها – إلى الشفاء التام منه، ومن اثم إمكانية الإنجاب بالطريق الطبيعي.

أما التلقيح الصناعي فلا تعتبر بالمعنى السابق علاج. فهو لا يؤدي إلا إلى التغلب على آثار العقم دون الشفاء منه. ومن ثم يجب تكرار التلقيح الصناعي كلما تجددت الرغبة في الإنجاب. ومن ناحية أخرى، تؤدي وسائل علاج العقم في حالة نجاحها – إلى الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي، وهو الطريق الطبيعي للإنجاب. بينما يؤدي التلقيح الصناعي إلى تحقيق الرغبة في الإنجاب دون اتصال جنسي بين الزوجين. ولا ريب أن الطريق الطبيعي يفضل، طالما كان ممكن من غير أي طريق آخر.

ولذلك نعتقد أنه لا يجب اللجوء إلى التلقيح الصناعي لإشباع الرغبة في الإنجاب إلا بعد استنفاذ كافة الوسائل الأخرى الممكنة لعلاج العقم. فإذا استحال العلاج بالوسائل الأخرى، أمكن – حينئذ – اللجوء إلى التلقيح الصناعي.

ومن هنا، فقد يكون من الملائم – في نظرنا – أن نحتفظ للتلقيح الصناعي بدور احتياطي. فلا نلجأ إليه إلا إذا كانت عدم القدرة على الإنجاب بمعنى يستحيل – حسب المعايير الطبية المعروفة. التغلب عليها إلا عن طريق التلقيح الصناعي. وإذا كان التبني غير جائز شرعا وقانونا[1].

فإن التلقيح الصناعي يصبح بالمعنى السابق مشروع للتبني لإشباع عاطفة الأمومة والأبوة . وهو بديل يفضل بكثير عن التبني من حيث أن ثمرة التلقيح الصناعي تكون من لب الأبوين و صلبهما، على عكس التبني الذي ينسب فيه الرجل لنفسه ولدا يعرف أنه ابن غيره .

المطلب الثاني: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة مع استبعاد كل شخص أخر

الفرع الأول: تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها وغرسها في رحم الزوجة

وهو ما نص عليه المشرع بصريح العبارة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إذ يجب الحرص على تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها وعدم اختلاطه أو استبداله بمني رجل آخر، وعلى الزوجين أخذ كامل الاحتياطات اللازمة لذلك، من خلال التأكد من أن المركز الذي يجري مثل هذه العملية مرخص له قانونا بذلك ولا يجوز لهما إبرام اتفاق معه على إجراء

[1]- يوسف قرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 13، 1980، ص215.

التلقيح بالاعتماد على مني رجل متبرع غير الزوج أو بويضة امرأة أخرى غير الزوجة لاعتبار ذلك بمثابة زنا.

وإلى جانب ذلك، فإنه ينبغي أن يجري التلقيح من طرف طبيب مختص يتأكد أولا قبل القيام به من توافرت فيه الشروط السابقة، يزاول نشاطه في مركز مختص مرخص له قانونا بإجراء مثل هذه العمليات مع مراعاة أخلاقيات مهنة الطب، وتحت الإشراف المباشر للجنة طبية مختصة.

مع توافر مثل هذه الشروط يثبت نسب المولود لأبويه استنادا للقاعدة الشرعية "الولد للفراش" مادام المعتبر في النسب هو التقاء ماء الزوج والزوجة، كما أن إشراف الطبيب المختص على هذه العملية يعد بينة على صحة نسبه، ويثبت لهذا الطفل جميع الحقوق المقررة للمولود عن طرق الاتصال الجنسي العادي من نفقة وميراث وغيرهما من الحقوق.

فإذا ما تم التشكيك في صحة نسبه، كأن يتم الشك في وقوع اختلاط في البويضات أو الحيامين أو وقوع خطا في البويضة الملقحة في المختبر، فإنه يمكن اللجوء إلى الوسائل العلمية المستحدثة لإثبات النسب طبقا النص المادة 40 من قانون الأسرة بالاستعانة بتحليل البصمة الوراثية للتحقق من النسب.

كما لا يعارض الإسلام هذا النوع من العلاج بتوفر شرط بويضة الزوجة ومني الزوج وشرط زراعة الجنين الناتج في رحم الزوجة ليكمل مسار نموه فيما بعد في رحم الأم.

وهذا ما تبناه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة من 19- 28 جانفي1985 بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب حيث جاء في توصياته أنه:"...وفي حالتي الجواز الاثنين يقرران معا أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب.[1]

ما تجدر الإشارة إليه، أن هذه العملية والقيام بإجرائها وفقا للشروط السالفة الذكر تتميز بأنها تقترب من الإنجاب الطبيعي، لأنها إذا ما تكللت بالنجاح فإن مراحل نمو الجنين ستسير مثل مسار التلقيح الطبيعي، كما أن مهمة الفريق الطبي في هذه الحالة يقتصر على المساعدة في

[1]- الشيخ حسن الدمشقي عرفان بن السالم العشا، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين، المكتبة العصرية ، بيروت، ط 01، 2006 ، ص 8.

الحصول على التلقيح بين الزوجين فقط، كما أن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة قد أشار إلى أن استخدام البويضة الملقحة لامرأة في رحم امرأة أخرى يعد محرما وعليه يستلزم الأخذ بالاحتياطات اللازمة والضرورية لمنع استخدام لبويضة الملقحة في حمل غير مشروع.

ما يلاحظ من خلال إدراج المشرع الجزائري لشرط وجوب تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها وغرس البويضة الملقحة في رحم الزوجة لأجل إكمال مسار نموها داخل رحم الزوجة،

وبهذا نلاحظ أن المشرع قد أصاب في وضعه لهذا الشرط وذلك لمدى أهمية الالتزام به عند القيام بعملية التلقيح من أجل تفادي الإشكالات التي يمكن أن تنجم من وراء هذه العملية.

الفرع الثاني: عدم اللجوء إلى الأم البديلة.

يتم الاستعانة بامرأة أخرى غير الزوجة في حالة تعذر استقبال رحم هذه الأخيرة للجنين بعد تلقيح البذور التناسلية، لاعتبارات صحية في الغالب، إما لعدم القدرة على الحمل، أو لوجود خلل في المبيض يؤدي إلى عدم قدرته على إنتاج بويضات سليمة تقبل التلقيح بماء الزوج، بحيث تتطوع امرأة أخرى لحمل البويضة الملقحة في رحمها طوال فترة الحمل.

ويعد التلقيح الاصطناعي بتدخل الأم البديلة من صور التلقيح الخارجي، يأخذ صورتان أثارت كلا منهما جدلا حول تحديد النسب من جهة الأم.

أولا: صور الاستعانة بالأم البديلة

يعرف الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح باستئجار الرحم، إذ يكون رحم الزوجة الأولى غير قادر على استقبال الجنين وحمله لدواعي صحية، إلا أنه قادر على إفراز البويضات بشكل سليم ودوري.

في هذه الحالة تتبرع امرأة أخرى للقيام باستقبال البويضة الملقحة بين الزوجين وزرعها في رحمها إما بمقابل أو دون ذلك، على أن تلتزم بتسليم المولود بعد ولادته لصاحبة البويضة الأصلية الملقحة.

ويتم زراعة البذرة التناسلية الأنثوية بصورتين:[1]

[1]- سعد بن عبد العزيز شويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي، دار الكنوز، الرياض، 2009، ص 353.

-غرس البويضة المخصبة بين الزوجين في رحم امرأة أجنبية متبرعة، بحيث يتم أخذ البذرتان الذكرية والأنثوية للزوج والزوجة وتلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار أو طبق، ثم إعادة زرعهما في رحم المرأة المذكورة دون أن تكون زوجة ثانية.

-أن يكون للزوج زوجتان، بحيث تكون الزوجة الأولى تعاني من مشاكل صحية في الرحم، يتعذر معها حمل الجنين، فيتم زراعة بويضة هذه الأخيرة بعد تلقيحها خارجيا بمني زوجها، في رحم زوجته الثانية.

وبغض النظر عن وضوح موقف المشرع من هذه الفرضية في التلقيح، وعدم اجازته لها بشكل صريح، فإن النقاش بين الفقه كان محتدما بشأنها، ما بين مجيز ومعارض لها، حسب صورة التأجير المعتمدة.

ثانيا: تحديد نسب الطفل في حالة اللجوء إلى تأجير الرحم (الأم البديلة)

أثارت فرضية الاستعانة بالأم البديلة لإجراء التلقيح الاصطناعي جدلا فقهيا كبيرا، بشأن مدى جوازها وبشأن تحديد نسب الابن الناتج عن هذا التلقيح من جهة الأم، فإذا كان من الثابت أن نسبه لأبيه لا يطرح إشكالا، إلا أن العكس بالنسبة للأم التي ينسب إليها هل الأم صاحبة البويضة الملقحة، أم تلك التي حملته في أحشائها مدة الحمل؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذه الإشكالية، فمنهم من يرى بأن الأم الحقيقة التي ينسب إليها هي صاحبة البويضة، وليست من قامت بحمله[1]، إذ أنه يستمد منها صفاته الوراثية، وتبقى هذه الصفات ثابتة في البويضة حتى ولو غرست رحم امرأة أخرى، في حين يقتصر دور الأم المتبرعة على امداد الجنين بالغذاء والأكسجين طوال فترة الحمل، دون التأثير في هذه الصفات والخصائص الوراثية، إذ تبقى البويضة المخصبة حاملة لها حتى ولو نقلت من رحم إلى آخر.[2]

وبالتالي فإن صاحبة الرحم تشبه الأم المرضعة، فهي ليست سوى حاضنة[3]، للبويضة التي تحمل الجنين وصفاته الوراثية تتحدد بالبويضة والحيوان المنوي فقط، وقياسا على الرضيع الذي

[1]- صفاء محمود العياصرة، المستجدات العلمية وأثارها على الفتوى في الأحوال الشخصية، دار عماد الدين، عمان، 2009 ، ص 304.

[2]- شوقي زكرياء صالح، مرجع سابق، ص65.

[3]- صفاء محمود العياصرة، مرجع سابق، ص 304.

لا ينسب إلى مرضعته، فإن الجنين هنا لا ينسب كذلك إلى حاضنته، ويطبق عليهما نفس الحكم.

وقد اتخذ بعض الفقهاء موقفا مغايرا معتبرين أن المرأة صاحبة الرحم هي الأم الحقيقة في حين أن صاحبة البويضة تبقى مجرد أم حكمية، وذلك اعتمادا على دور كل منهما.

إذ يقتصر دور صاحبة البويضة على منح البويضة المخصبة، في حين تتحمل الأم البديلة مشاق الحمل والولادة التي تحمل معاني الصبر والعطاء، وتعتبر جوهر الأمومة، مما يؤهلها لأن تحمل وصف الأم بجدارة والقول بغير ذلك ينطوي على إفساد لمعنى الأمومة.[1]

كما أن البويضة المخصبة لا تكفي لأن تشكل كائنا حيا، بل ينبغي أن تتحصل على الغذاء والأكسجين وهو ما توفره صاحبة الرحم، مما يجعلها بحق أما حقيقة، فلا يمكن تجاهل دورها الكبير في منحه الحياة مما ينبغي معه منحه نسبها.[2]

إن الترجيح بين الرأيين ليس بالأمر الهين بالنظر إلى حساسية مسألة النسب في هذه الفرضية، فكلا الفريقين لديه حججه المقبولة، فلا يمكن إغفال دور صاحبة الرحم في تكوين الجنين، حمله ووضعه، كما لا يمكن تجاهل دور صاحبة البويضة، في منحه الحياة، على اعتبار أنه ينشأ من جراء اخصاب بويضتها بنطفة زوجها، ورغم ذلك لا يمكن نسب المولود إليهما معا، ولا يمكن اعتباره مجهول النسب من جهة الأم، بل ينبغي الفصل في ذلك.

والراجح أن الأم الحقيقة هي صاحبة البويضة وإليها ينسب المولود، وذلك للاعتبارات التالية:

– أن جميع الصفات الوراثية تنتقل إليه بواسطة البويضة فقط[3]، ولا تنتقل من خلال الرحم الذي يقتصر دوره على حضانة الجنين وتقديم الغذاء وحمايته.

– أن الاستدلال بالنصوص التي تقضي بأن الأم هي التي ولدت، لا ينهض حجة للتدليل على أن الأم هي التي حملت؛ لأن الأم الحقيقة في الإسلام وفي جميع الديانات هي صاحبة الحمل والوضع، وهي نفسها صاحبة البويضة والجينات الوراثية، وهذا ما دلت عليه النصوص وقت التنزيل، فيجب أن يرتبط الجنين بأمه بصلتين هما صلة تكوين ووراثة وأصلها البويضة، وصلة

[1]- محمد مرسي أبو زهرة، الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص367 .

[2]- صفاء محمود العياصرة، المرجع نفسه، ص 176.

[3]- شوقي زكريا صالح، مرجع سابق، ص65.

حمل وحضانة وولادة وأصلها الرحم، وهذا هو المعنى الكامل للأمومة المذكور في القرآن الكريم[1]، ولولا البويضة لما ولد الجنين.

وبغض النظر عن كل ذلك، فإن اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل إثبات النسب بالاعتماد على البصمة الوراثية ستكون نتيجته لصالح صاحبة البويضة، مما يجعلها أما حقيقية.

وبناء على ذلك، فإن نسب المولود بطريق تأجير الأرحام يثبت لصاحبة البويضة للاعتبارات السابقة ويثبت لها جميع أحكام الميراث والنفقة والحضانة وغيرها من الآثار المترتبة على ذلك، وأما صاحبة الرحم فهي أم حكمية لا يثبت لها النسب وإنما يثبت لها حكم الرضاع.

أما المشرع فقد تبنى موقفا صريحا من التخصيب الذي يتم بهذه الطريقة، في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، مكتفيا بالنص على عدم جواز اللجوء إليه، دون الالتفات لإشكالية نسب الطفل الذي يولد بهذه التقنية، وكأنه يفترض مسبقا استحالة وقوع هذا الإشكال وطرحه على القاضي، الذي يجد نفسه مضطرا للفصل فيه بكل الوسائل.

يضاف إلى ذلك، فإن بعض الفقه ينتقد الصياغة المعتمدة في نص المادة المذكورة من خلال نص المشرع على عدم جواز اللجوء إلى الإخصاب الصناعي باعتماد الأم البديلة، مشددين على ضرورة إعادة صياغتها باعتماد صيغة المنيع بدلا من الصياغة الحالية[2]، كأن ينص صراحة على أنه: تمنع أو لا يجب إجراء التلقيح باعتماد الأم البديلة ، بشكل يوحي بأنها فعلا قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفة مقتضاها .

إلى جانب ذلك، يلاحظ بأن المشرع لم يتبنى أية عقوبة يتم توقيعها على المخالفين للمادة المذكورة، وثبوت اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بالاستعانة بأم بديلة تؤجر رحمها لهذا الغرض، وهو ما ينبغي عليه تداركه لاحقا، سواء كان المخالف الزوجين أو الفريق الطبي المشرف على التلقيح أو حتى المتبرعة برحمها الحمل الجنين.

كما تنص المادة 45 مكرر الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري على: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". فهذا المنع هو في الحقيقة شرط أخر مكمل للشروط السابقة لأنه إذا اكتفينا بالشروط السابقة في فهم أن المهم فقط هو أن يكون الزوجين

[1]- سعيد سحارة، أحكام الإخصاب الصناعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2020/2019 ، ص346 .

[2]- سعيد سحارة، مرجع سابق، ص 366.

هما مصدري البذرتين ولا يهم أين تزرع اللقيحة بعدها وهذا ما لا يتفق مع الأساليب الثلاثة التي أجازها فقهاء الشريعة الإسلامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو من عصر يحل بعض صور أو أساليب التلقيح الاصطناعي أي أن المشرع أعطى شروط عامة لإجراء التلقيح الاصطناعي وفي الفقرة الأخيرة أورد حكما البعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي هو في نفس الوقت شرطا مكملا للشروط الأخرى. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري منع اللجوء إلى الأم البديلة ولم يستثن الصورة الثانية من التلقيح الخارجي المذكورة – زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية– رغم أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي وجل فقهاء الشريعة أجازوها شرعا، وحسب رأينا فإن المشرع الجزائري، وإدراكا لصعوبة تجسيد عملية التلقيح الاصطناعي في هذه الصورة، وللمخاطر والشكوك التي يمكن أن تشوب نسب الطفل من حيث أمه على النحو الذي ذكرناه آنفا لم يقر بهذه الصورة واضعا إياها في حكم الأم البديلة.

خلاصة الفصل

يعد التلقيح الاصطناعي تقنية طبية جديدة لعلاج العقم ومساعدة الزوجين على تحقيق حلم الأبوة والأمومة، ورغم إجازة المشرع له على مستوى قانون الأسرة وقانون الصحة، وتحديد جملة من الضوابط والقيود القانونية الواجب مراعاتها عند اللجوء إليه، إلا أنه قد يثير إشكالات عديدة حتى في ظل مراعاتها، تتعلق أساسا بتحديد نسب الطفل الذي يولد نتيجة لاعتماد التلقيح أو الإخصاب الاصطناعي، والتي سكت المشرع عن الفصل فيها بنصوص قانونية واضحة.

الفصل الثاني

الضوابط المتعلقة بحماية إرادة الزوجين

تمهيد

من المبادئ المستقرة في القانون الطبي، ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض قبل مباشرة أي تدخل من أجل العلاج، وباعتبار التلقيح الصناعي وبكل أنواعه من العمليات المستحدثة في الطب، فإنه يشترط لإجرائه رضا الزوجين معا في كل مراحله.

حيث أن شرط رضا الزوجين يعد من الضوابط الجوهرية لصحة عملية التلقيح الصناعي ومن أجل دراسة شاملة لهذا الشرط قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول للشروط العامة لإرادة الزوجين وقد تضمن مطلبين: فتطرقنا لرضا الزوجين لإجراء التلقيح الصناعي(مطلب أول)، لنتبعه بموافقة الزوجين على التخصيب الصناعي(مطلب ثاني)، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للشروط الخاصة بإرادة الزوجين (عقد المساعدة الطبية على الإنجاب) وقسمناه بدوره إلى مطلبين: فتطرقنا إلى أركان وخصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب (مطلب أول)، كما تناولنا الآثار المترتبة عن عقد المساعدة الطبية على الإنجاب(مطلب ثاني).

المبحث الأول: الشروط العامة لإرادة الزوجين

يعتبر التلقيح الصناعي أحد أنواع الممارسات الطبية، التي يتم إجراؤها عبر عدة مراحل، فيتعين رضا الزوجين في كل مرحلة من مراحله، ابتداء بمرحلة الحصول على الأمشاج المجردة لهما، وانتهاء بمرحلة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي في حالة التلقيح الصناعي الداخلي، وزرع الأجنة في رحم الزوجة في حالة التلقيح الصناعي الخارجي، فالرضا المتبادل للزوجين شرط أساسي في جميع صور التلقيح الصناعي.

المطلب الأول: رضا الزوجين لعملية التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول: ضوابط التعبير عن الرضا

لقد حاول المشرع الجزائري من خلال نص المادة 45 مكرر قانون الأسرة، ضبط إمكانية الاستعانة بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، الأمر الذي تعكسه طائفة الضوابط والقيود القانونية المقررة، التي من شأنها أن تجعل قرار اللجوء إلى تقنية التلقيح الصناعي مبررا ومعللا حيث يعتبر رضا الزوجين أهم هذه الضوابط.

رغم أهمية هذا الشرط بالنسبة لقرار الأزواج في الإقدام على التلقيح الصناعي، غير أن محاولته. وبشأن شرط الرضا على وجه الخصوص. لم تكن كافية لضبط هذه الممارسة[1]، مما يستدعي ضرورة تسليط الضوء على الضوابط المفروض توفرها بشأن موافقة الزوجين، وفقا لما يلي توضيحه:

1- الإعلام والتبصير

وذلك من ناحية إحاطة الزوجين بكل ظروف عملية التلقيح الصناعي وملابساتها وآثارها الحالية والمستقبلية، لكي يصدر رضاهما عن بينة وتبصر وعلم كامل بهذه العملية ونتائجها[2]، ولتحقيق ذلك ذهب المشرع الفرنسي إلى ضرورة إجراء مقابلة للزوجين الراغبين في التلقيح الصناعي مع فريق طبي متعدد التخصصات.

---

[1]- أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014 -2015 ، ص 149.

[2]- لصالحي شوقي زكريا، مرجع سابق، ص39.

من ثم لن يكون لرضا الأطراف المعنية بالتلقيح الصناعي أي أثر قانوني، ما لم يتم تبصيرهما وإعلامهما بكافة الإجراءات واحتمالات النتائج المرتبطة بالتلقيح

بالتالي يتحتم على الفريق الطبي المتعدد الاختصاصات (بيولوجية، نفسية .... الخ)، إجراء مقابلات خاصة مع طالبي الإنجاب بأسلوب التلقيح الصناعي والتي يجب إتمامها، بالإضافة إلى ضرورة تأكده من دوافع الأطراف المعنية بالمقابلة أي طلبي التلقيح تحت طائلة المسؤولية.[1]

فلما كان كذلك، فلابد من أن يكون التوضيح والشرح كافيين، من خلال تقديم المعلومات الوافية والإرشادات الكافية، حول احتمالات ونسب النجاح أو الفشل المتوقعة، صحة الجنين،

احتمال تعدد الأجنة، بالتالي إنجاب التوأم.. إلخ، حيث يتعين إبلاغ الزوجين بشرح مفصل للتقنيات المختلفة للمساعدة على الإنجاب، والانعكاسات السلبية أو المضاعفات المحتملة من مختلف التقنيات، إضافة إلى الكلفة المادية ونسبة الحمل الواقعية لحالات مماثلة في ذات مركز المساعدة الطبية على الإنجاب، حتى تتحقق الموافقة الحرة والمستنيرة، الخالية من أي ضغوط أو عيوب الإرادة.

بعد التأكد من أن الزوجين مصران على الخضوع للممارسة، يفترض أن يتم إمهالهم مدة زمنية معينة بغية التفكير، وبانقضاء تلك المدة، تحرر موافقتهما كتابيا.

مما ينصح به ضرورة إمعان المشرع الجزائري وتأكيده، على مسألة إدراك الزوجين لكافة العواقب والنتائج القانونية والاجتماعية، المؤكدة والمحتملة التي قد تترتب على ممارسة التلقيح الصناعي، طالما تم التأكد من دوافعهم.

2- الإرادة الحرة

حيث تكون إرادة كل منهما سليمة من كل عيوب الإرادة كالإكراه، سواء أكان ماديا أم معنويا، الغش وكذا التدليس والخداع[2] ، لأنه و بتوافر أحد هذه العيوب يكون الرضا معيبا، بالتالي يفقد التلقيح الصناعي أحد أهم شروطه، فالإنجاب مشروع مشترك ورغبة متبادلة بين الزوجين، يجب أن يقدما عليه بإرادتهما المشتركة الحرة.

[1]- تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 63.
[2]- سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 ،ص 92.

3- الموافقة السابقة الكتابية الثنائية والمتجددة لبدء التلقيح.

أ- الموافقة السابقة: وأثناء الحياة الزوجية، بغية التحقق من رغبة طالبي التلقيح، يجب تقديم الموافقة والتأكيد عليها قبل البدء في إجراءات الإخصاب، من ثم ضرورة تعبير الراغبين في الاستفادة من أسلوب التلقيح الصناعي، عن رضاهما قبل إجراءه، متمسكين به إلى حين إتمام الإخصاب.

ب- الموافقة الثنائية من كلا الزوجين: حيث لا يكفي رضا أحدهما دون الآخر، ولا وجه لتفضيل رضا أحد الطرفين على حساب الثاني، بل يجب أن يتم الأمر على قدم المساواة بينهما، من حيث صحته والتراجع عليه، ما لم يشرع بعد في الخطوات التنفيذية، وهي مسألة منطقية بحكم أن الإقدام على التلقيح الصناعي خطوة غاية في الأهمية، خصوصا من حيث نتائجها وتبعاتها والتي يتحملها كلا الزوجين وليس أحدهما فقط.

ضف إلى ذلك، أن الأبوة والأمومة مسألة اختيارية وليست إجبارية، كما أن مصلحة الولد الذي هو نتاج هذه العملية تقتضي توافر هذا الشرط"[1]، فإذا ما تم التلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين، يأتي الولد غير مرغوب فيه من الزوج الذي لم يوافق على ذلك التلقيح، بل قد يلجأ الزوج إلى إنكار نسب الطفل، مما يترتب على ذلك آثار نفسية واجتماعية سلبية على الطفل.[2]

ما تفطنت إليه غالبية تشريعات الطب الإنجابي، والتي تشترط حصول الموافقة من كلا الطرفين، وإلا فما من أثر قانوني للموافقة من طرف واحد، طالما أن المشروع الإنجابي يعتبر أسري، أي متعدد الأطراف، ونذكر منها: القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي".

من خلال الفصل 05 منه، الذي ينص على أنه: «لا يمكن تلقيح الأمشاج ولا زرع الأجنة في إطار الطب الإنجابي، إلا بالحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على موافقتهما الكتابية.

[1]- سيف إبراهيم المصاروة، رضا الزوجين بإجراء التلقيح الصناعي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42 العدد 2، 2015 ،عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، ص 504.

[2]- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط 1، دار الكتب القانونية 2006، ص 188.

وكذا القانون الفرنسي رقم 2004-800 المتعلق بالأخلاقيات الحيوية[1]، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 2011-1814، بموجب المادة 2141/2 الفقرة 03 .

ولقد أكد المشرع الجزائري بدوره، على رضا طرفي المشروع الأسري الإنجابي، بمقتضى المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل والمتمم، التي تنص على أنه : « يكون التلقيح برضا الزوجين، ما يتضح منه حرص التشريعات السالفة الذكر، على صدور الموافقة من كلا الطرفين، طالما أنهما المعنيين بالمشروع الأسري الإنجابي بالدرجة الأولى

ج- الموافقة الكتابية: تتفق كافة التشريعات على أن تكون موافقة الزوجين مكتوبة؛ للتأكد من صحة رضا الزوجين بعملية التلقيح الصناعي، وكونه قد تم بعد تبصيرهما بكل تفاصيل هذه العملية ونتائجها.[2]

فأمام الأهمية التي يكتسبها رضا الزوجين، فإنه يشترط إفراغه في شكل معين، لتطمئن الأطراف المعنية، إلى تبعات الإقدام على التلقيح الصناعي وإدراك محتواه".[3]

وهو ما ذهبت إليه جميع تشريعات الطب الإنجابي محل الدراسة، منها: النظام السعودي الوحدات إخصاب الأجنة وعلاج العقم لسنة 1424م الموافق لسنة 2004م"، الذي يتطلب الموافقة الكتابية الصريحة للإقدام على التلقيح الصناعي، حسب المادة 06 منه بدوره فعل المشرع التونسي، من خلال القانون رقم 2001/93 ، بموجب الفصلين 03 و05 منه.

في حين أن المشرع الجزائري اكتفى في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، بالنص على ضرورة توافر رضا الزوجين، دون تبيان الشكل الذي يجب أن يحرر فيه، رغم أن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي ينبغي أن يحظى بأحكام قانونية واضحة غير مبهمة، من ثم يشترط إفراغه في شكل معين لتتفطن الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح، وللاطلاع على محتواها وإدراك نتائجها.

د- تجديد الموافقة: وذلك بعد كل محاولة فاشلة لإحداث الحمل، حيث على الزوجين التعبير عن رضاهما للخضوع للتلقيح الصناعي، كلما استدعى الأمر إعادة المحاولة لتحقيق الحمل،

---

[1]- Loi. de bioéthique ° n800, du 06 Août 2004.

[2]- سيف إبراهيم المصاروة، مرجع سابق، ص 505.

[3]- تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 53.

خاصة وأن تحقيق ذلك يتطلب غاليا إعادة المحاولة عدة مرات، حتى يتم التأكد من عدم رجوعهما عن قرارهما، في الاستعانة بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب.

مما يتجلى منه، الحكمة من اشتراط تجديد الموافقة، والتأكد من تمسك الأزواج برغبتهم في الاستمرار، وبالتالي عدم تراجعهم عن قرارهم جراء استياءهم من فشل المحاولات.

بالتالي يستلزم إجراء عملية التلقيح بالضرورة موافقة الزوجين معا، حيث يحق لكل طرف أن يقدر ما إذا كانت عملية التلقيح الصناعي، تتوافق مع قناعاته الشخصية وظروفه الاجتماعية أم لا، فالرضا المعلن عنه في هذا الشأن شخصي وصريح لا يكتنفه أي غموض.

ويقع على عائق الطبيب المشرف على العملية إحاطة الزوجين بكل المعطيات والمخاطر التي يمكن أن تعترضهما، ونسبة نجاحها إن أمكن، حتى يكون الزوجان على بينة من الأمر المقبلين عليه، فتتكون لديهما القناعة، إما بقبول التلقيح الاصطناعي أو رفضه، وفي حالة ما إذا أخفى الطبيب المعالج بعض المعطيات أو بتواطؤ من أحد الزوجين دون رضا الطرف الآخر، فإنه يعرض نفسه للمساءلة المدنية والجزائية؛ لأن ذلك يعتبر مساسا بشرف الطرف الأخر وحصانة جسمه، وتكامله الجسدي وحريته الشخصية".[1]

الفرع الثاني: بعض الإشكالات القانونية المقترنة بالموافقة على اللجوء إلى التلقيح الصناعي

قد تطرأ أسباب تحول دون الحصول على الموافقة بالمواصفات القانونية، حيث وعلى الرغم من تنظيم تشريعات الطب الإنجابي لمسألة الرضا، بخصوص مكنة الاستفادة من تقنية التلقيح الصناعي، إلا أنها أغفلت معالجة الحالات التي يكون فيها الزوج على قيد الحياة، لكنه فاقد الوعي لدخوله في حالة غيبوبة أو محكوم بعقوبة سالبة للحرية.

ناهيك عن أن الأزواج الذين يستعينون بأساليب التلقيح الصناعي، مما ينجم عنه ما يطلق عليه عبارة «المشروع الأسري الإنجابي صنفين، أحدهما يصر على الاستمرار، في حين يتراجع آخرون لسبب أو لآخر عن إتمام مشروعهم الإنجابي.

مما انعكست آثاره على الساحة القانونية، ليفرز أنماطا جديدة من الإشكالات القانونية المتعلقة بالتعبير عن الرضاء ما سيتم تسليط الضوء عليه بالقدر الكافي لبيانه.

[1]- قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي، تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، ع 03، 2007 ، ص210.

1- الأهلية وإشكالية المأذون لهم بالزواج

يعتبر الرضا كما سلف بيانه. من أهم الشروط اللازم توافرها بغية الاستعانة بتقنيات التلقيح الصناعي، وبالتالي الأمر مرتبط كقاعدة عامة بأهلية الزواج، والتي حددها المشرع في المادة 1/7 من قانون الأسرة ببلوغ الزوجين 19 سنة وقت إبرام عقد الزواج، وهي ذات الأهلية التي اشترطها المشرع في المادة 40 من القانون المدني والمادة 86 من قانون الأسرة، لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به قانونا دون التوقف على رأي شخص آخر.

بيد أن المشرع يسمح للأشخاص بإبرام عقد الزواج دون بلوغ هذا السن، شريطة الحصول على الإذن القضائي بالزواج، مراعيا في ذلك وفي ذات الوقت حرية الأفراد، استقرار الأسرة ومصلحة المجتمع بأكمله ومن نواحي متعددة.

والجدير بالملاحظة، أن المشرع نص في الفقرة الثانية من ذات المادة، على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، علما أن حصول الزوج القاصر على هذه الأهلية غير كافي لإبداء موافقته على التلقيح الاصطناعي، لأن المشرع حددها فقط بالنسبة للدعاوى القضائية دون التصرفات القانونية الأخرى.

ضف إلى ذلك، عدم توافر شرط الضرورة العلاجية، التي تعتبر من أهم الشروط الواجب توافرها بغية استعانة الأزواج بالتلقيح الصناعي، والمتمثلة في نقص الخصوبة المثبت طبيا بعد سنة على الأقل من الزواج، من ثم عدم قدرة الزوجة على الحمل بالمرافقة الطبيعية.[1]

2- حالة الغيبوبة (فاقد الوعي):

يطرح التساؤل بهذا الصدد حول حق للمرأة التي وافق زوجها قبل دخوله في حالة غيبوبة، في اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب؟

فيرى بعض الفقهاء أن رضا الزوجين ينبغي أن يكون قائما، فور إجراء التلقيح والشروع فيه، وأن دخول الشخص في حالة غيبوبة، بالتالي فقدانه الوعي. سيحول دون تحقيق ذلك، ولما كان كذلك فإنه لا يجوز في هذه الحالة إجراء العملية.[2]

[1]- تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 56.

[2]- تشوار جيلالي، المرجع نفسه، ص 60.

وهو الرأي الذي ذهب إليه كل من المشرع التونسي والإماراتي، اللذان لم يشيرا إلى ذلك صراحة، إلا أن منعهما إجراء الإخصاب في مثل هذه الحالة، يستفاد ضمنيا من خلال الفصل 05 من القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001، والمادة 09/6 من القانون الإماراتي رقم 11 السنة 2008 المتعلق بأنشطة مراكز الإخصاب البشري اللتان تشترطان الحضور الشخصي للزوجين المعنيين لإتمام التلقيح، مما يفترض أن غياب الزوج عن الحضور يعتبر عائقا بمنع إجراء الإخصاب.[1]

في حين لم يعتبر كذلك في القضاء البريطاني، الذي قبل طلب السيدة D.BLOOD سنة 2002، باسترجاع الأمشاج المجردة المحفوظة لزوجها الذي دخل في حالة غيبوبة تامة وطويلة، جراء إصابته بمرض التهاب السحايا، بغية إجراء التلقيح في بلجيكا، في حين كان كل من مركز الحفظ والهيئة البريطانية للإخصاب وعلم الأجنة، قد رفضا تسليمها إياها أو إجراءها للتلقيح.[2]

3- حالة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية

فقد انقسم الفقهاء بشأن إمكانية استفادة زوجة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من التلقيح الصناعي، إلى اتجاهين:

- فذهب الاتجاه الأول إلى القول، بعدم حرمان المحكوم عليه في مثل هذه الحالة، من حقه في الإنجاب، باعتبار هذا الأخير من الحقوق الشخصية المنصوص عليها في المواثيق 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، لاسيما وأن العديد من التشريعات تكرس حق الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية الالتقاء بزوجته، بمواعيد تحددها الإدارة في مكان آمن، فمثلا في الأرجنتين من حق الزوج كل شهرين الالتقاء بزوجته، وأيضا تشريع المملكة العربية السعودية، من حق الأزواج الالتقاء بعد قضاء فترة 3 أشهر مرة كل شهر.[3]

---

[1]- أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 155.

[2]- أنظر: أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008 ، ص 145.

[3]- علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، دار النهضة العربية، مصر،1991 ، ص .11

ليضيف هذا الرأي، بأن الحكم على الزوج بعقوبة طويلة المدى، قد يترتب عليه فقدانه وزوجته للقدرة على الإنجاب، لتقدمهما في السن، وطالما أن الإنجاب حق شرعي، فلا يجوز حرمان المحكوم عليه من هذا الحق، إن استحال تحقق ذلك بالاتصال الطبيعي، فما من مانع من الاستعانة بالأساليب الحديثة المتاحة في هذا المجال، وأهمها التلقيح الصناعي، خاصة إذا طالت فترة العقوبة المحكوم بها.[1]

في حين يعتبر الاتجاه الثاني، أن الحكم على الزوج أو الزوجة بعقوبة سالبة للحرية، دليل على فقدان السلطة الأبوية، من ثم مكنة أداء دور الأب أو الأم، مما يعتبر مانعا من إجراء عملية التلقيح الصناعي، خاصة وأنه استثناء لا يجوز التوسع فيه.[2]

ما اقتنع به كل من المشرع التونسي، من خلال الفصل 05 من القانون رقم 93 لسنة 2001، والإماراتي بمقتضى المادة 9/6 من القانون رقم 11 لسنة 2001، كما سلف بيانه بترجح من خلال ما تقدم وبعض استعراض آراء الفريقين، القول بعدم تمكين الأزواج في مثل تلك الحالات من الاستفادة من تقنية التلقيح الصناعي، طالما أنه ممارسة استثنائية تفترض حضور الزوجين شخصيا أثناء جميع مراحلها، أضف إلى ذلك أن آثارها لن تتوقف على المحكوم عليه، بل تمتد تبعاتها إلى الأسرة ككل.

فمن المجحف إذن التفكير بمصالح المحكوم عليه لوحده، وعدم الاكتراث بمصلحة باقي أفراد الأسرة وخاصة المولود، فمن المستحسن إذن أن ينتظر المحكوم عليه لمدة قصيرة انقضاءها، في حين أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال، السماح للمحكوم لمدة طويلة من ذلك، للمبررات التالية:

-انعدام أي فائدة ترجى من تمكينه من ذلك، لأن المحكوم عليه، وإن كان سيمارس حقه في الإنجاب، إلا أنه لن يمارس حقه في التربية والرعاية المادية والمعنوية، مما سيثقل كاهل الزوجة في تحمل المسؤولية الأسرية من كافة جوانبها.[3]

[1]- أميرة عدلي، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر، مصر، 2005، ص 70.

[2]- أميرة عدلي، مرجع سابق، ص 150.

[3]- أيمن مصطفى الجمل، مرجع سابق، ص 146.

– من مصلحة المولود ألا يتم إنجابه في مثل هذه الظروف، ما عللت به المحكمة الأوربية الحقوق الإنسان رفضها بتاريخ 18 أبريل 2006، لطلب استرجاع النطف المحفوظة بهدف التلقيح، طالما أن الزوج محكوم مؤبد.[1]

4- إشكالات العدول عن الرضا

الواقع أنه وبعد إجازة هذه الطريقة للإنجاب والتأكد من إمكانية الإنجاب بها، ثم رفض أحد الزوجين إجراء العملية أصلا أو أن يتراجع أحدهما بعد البدء فعلا فيه.

مما يدفع إلى طرح التساؤل التالي: هل يحق للزوجين أو لأحدهما رفض الاستعانة بالتلقيح الصناعي، لاسيما إذا كان هو السبيل الوحيد للتغلب على مشكل نقص الخصوبة لدى أحدهما، من ثم حرمان الزوج الآخر من حقه في الإنجاب، وهل يحق له أو لهما التراجع عن إتمام بقية المراحل بعد نجاح الإخصاب فعلا وبعد أن قدم موافقته أو قدما موافقتهما على إجراء التلقيح الصناعي؟.

تتطلب الإجابة على هذا الإشكال ضرورة التفرقة بين آثار العدول قبل التلقيح وإمكانية ذلك بعد نجاح الإخصاب.

أ. آثار العدول عن الرضا قبل التلقيح: تعتبر الأبوة والأمومة مسألة اختيارية تخضع لتقدير الزوجين ورغبتهما في الإنجاب من عدمه، والواقع أنه في كثير من حالات الإنجاب الطبيعي يرفض أحد الزوجين الإنجاب، دون مسوغ شرعي، مما يثير مشكلة حق الطرف الأخر في تحقيق كلية من الكليات الخمس وهي حفظ النسل، عن طريق تحقيق هذا الغرض الجوهري من أغراض الزواج.

ومن ثم لا يحق لأحد الزوجين حرمان شريكه من حقه في الإنجاب دون مبرر مقبول، ففي حالة تراجع الزوجة مثلا لا يبقى أمام الزوج سوى الانفصال أو إعادة الزواج، فبعدولها تكون قد حرمته من حقه في الأبوة الذي يعتبر مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، طالما لا يحق للزوج إجبارها على ذلك، حيث أن عمليات التلقيح تعد إذا تمت بدون موافقة الزوجين، اعتداءا صارخا على حرمة الجسم وتدخل تحت طائلة ما تقرره نصوص المواد 264 من قانون

[1]– خدام هجيرة، التلقيح الصناعي– دراسة مقارنة– مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005 ، ص 59.

العقوبات وما يليها، لأنه وبالرجوع إلى المبادئ العامة فإن رضا المريض بالعمل الطبي يعد من أهم الشروط لإجرائه، في غير حالات الضرورة والاستعجال، وهو ما استقر عليه الفقه، وما جسدته أيضا الكثير من التشريعات المقارنة.[1]

كما يعتبر عدم إقدام الزوج على العملية أصلا ودون مبرر مقنع، تعسفا، ذلك أن الإنجاب من الأهداف الجوهرية للزواج، ولما كان نقص الخصوبة علة فمن واجب الزوج السعي، طالما أن التلقيح وسيلة يتغلب بفضلها على مشكل قلة الإخصاب، ويبقى للزوجة طلب التطليق طبقا للفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة.

ب. إمكانية التراجع عن الموافقة بعد نجاح الإخصاب: يقتضي توضيح ذلك ضرورة التفرقة بين التلقيح الداخلي والتلقيح الخارجي، لاسيما وأن نتائج كل نوع منهما مختلفة عن الثاني

حالة التلقيح الداخلي: لا يحق للزوجين أو لأحدهما التراجع عن موافقته بعد إتمام التلقيح الداخلي، أي في مرحلة علوق الأجنة بالرحم، لأن الأمر حينئذ سيتعلق بطلب الإجهاض المحرم شرعا والمجرم قانونا بموجب نص المادة 304 من قانون العقوبات، لما ينطوي عليه هذا الفعل من اعتداء على حق الأجنة في الحياة والنمو.

حالة التلقيح الخارجي: يرى بعض الفقهاء، بأنه يمكن إجبار الزوجة على استكمال الزرع في الرحم، لأن رضاها قد تم سابقا، حيث لا مبرر لإعادة طلبه من جديد، لاسيما وأن عدولها في هذه المرحلة يعد عدوانا منها ومساسا بالأجنة البشرية".[2]

في حين أن عملية التلقيح الصناعي تتطلب الرضاء ذلك أن هذه العملية لا يمكن أن تتم إلا بالطرفين معا، ولا يمكن تصور إجرائها قصرا وعنوة سواء من الزوجة أو الزوج، كما أن نجاح مثل هذه العملية تستلزم حدا معينا من الحضور النفسي والاستقرار البدني لكلا الطرفين[3]، حيث أن الرضا يبقى دائما هو الركن المعول عليه في التوافق الأسري.

---

[1]– بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ،2014 ، ص 211.

[2]- النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية كلية الحقوق، جامعة الجزائر1،2001، ص 119.

[3]- النحوي سليمان، المرجع نفسه، ص .69

وهو ما اقتنع به المشرع البريطاني الذي يمكن الأزواج، من التراجع صراحة عن المشروع الأسري، بتقديم طلب بذلك، بموجب نص المادة 08 من الملحق الثالث للقانون رقم 37 المؤرخ في 01-11-1990، المتعلق بعمليات الإخصاب وعلم الأجنة البشرية المعدل والمتمم.[1]

الموقف الذي أبدته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، سنة 2007 بشأن قضية EVANS.، التي لجأت إلى الفضاء الأوربي، مدعية ضد القانون البريطاني رقم 90/37 ، بعد أن فشلت في الحصول على حكم من القضاء البريطاني، يجبر خطيبها السابق على الاستمرار في المشروع الإنجابي، بعد أن تخلى وألغي موافقته السابقة، رغم علمه أن هذه الأخيرة قد فقدت قدرتها على التبويض، جراء خضوعها لعملية استئصال المبيضين بعد إصابتها بالسرطان.

حيث اعتبر قضاة المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أن: « خطيبها إنما عبر عن رضاه بخصوص «علاج مشترك» مع «N»، وليس علاج يحق للمدعية متابعته انفراديا في حالة انفصالهما...إلخ.

من ثم فإن حق في العدول مضمون بنص القانون، إن الرضا لا يتعلق بمرحلتي الإخصاب والحفظ، بل يمتد إلى تحقق الزرع، وأنه لا يحق لأي طرف إجبار الثاني على الإنجاب من تم الأمومة أو الأبوة، حيث أن الحق في الإنجاب لا يلغي حق الشريك في إلغاء موافقته على قدم المساواة، إعمالا لمبدأ عدم التمييز بين طرفي المشروع الأسري.[2]

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن مسألة التلقيح الصناعي ليست من المسائل التي يهتم لها التشريع الفيدرالي، بل فقط بعض الولايات، التي بادرت بسن تشريعات تتعلق بسحب الرضا بخصوص المشروع الإنجابي، في حين أعطت بقية الولايات الاختصاص للقضاء، لحل النزاعات المتعلقة بالعدول، من تلك الأحكام القضائية.

-قضية M.S DAVIS ضد طليقها 1. DAVIS، بشأن رغبتها Mary في مواصلة مراحل التلقيح الصناعي، في حين عدل lunior عن رضائه، بخصوص رغبته في الإنجاب من طليقته.

[1] -Humain Fertilation and embryologie Act.

[2]- هشام العناني، محكمة أوربية، لا يحق للمرأة منفردة استخدام الأجنة»، مقال بتاريخ 16-08-2006، الموقع الالكتروني: www. khosoba.com

فقد رفضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، طلب Mary، مؤيدة بذلك حكم للمحكمة العليا في ولاية Tennessee لسنة 1992، معتبرة أن « حق الأب في رفض الإنجاب أولى بالاعتبار، طالما أن الأم يمكنها الإنجاب مجددا ولاحقا مع زوج آخر، من تم بحق له العدول عن المشروع الإنجابي الذي بدأه مع Mary سابقا.[1]

– فضية AZ ضد B.Z، حيث قررت المحكمة العليا لولاية Massachusetts أنه: «.. يحق له العدول عن رضائه حيث أن الإقدام على الإنجاب مسألة لا يمكن تنفيذها فضائيا- وأنه يجب إعطاء الأولوية لحرية الاختيار الشخصي والفردي في مسائل الزواج والحياة الأسرية بالتالي تفضيل قرار الزوج واختياره العدول، بلا إلزامه باتفاق إرادي سابق عن طريق القضاء».[2]

قضية J .B ضد M.B سنة 2001، حيث رغب الزوج في الاستمرار في المشروع الإنجابي، في حين أبدت M رغبتها الصريحة في العدول عنه، إلا أن المحكمة العليا لولاية New Jersey قررت احترام رغبة المرأة في العدول، خاصة وأن الزوج بإمكانه الإنجاب لاحقا، في ظل علاقة جديدة.[3]

يكاد القضاء الأمريكي عموما، أن يجمع على إعطاء الأولوية لإرادة ورغبة الطرف الراغب في تفادي الإنجاب، حينما يكون من المفترض أن للطرف الثاني إمكانية معقولة لتحقيق رغبته في ذلك، مع شريك آخر.

من جهته، يسمح المشرع الفرنسي للأزواج بالتخلي عن المشروع الإنجابي، ما يتجلى من خلال نص المادة 2141 الفقرة 03 من القانون رقم 2004–1800، حين يعتبر أن العدول الكتابي مانع بحول دون إتمام الزرع، حيث يتم تقديم الطلب إلى الطبيب الممارس، المكلف بإجراء المساعدة الطبية على الإنجاب وهو ذات المنحى الذي انتهجه المشرع التونسي، الذي يأذن بمقتضى الفصل 11/3 من القانون رقم 93 لسنة 2001، للأزواج المطالبة كتابيا بإتلاف أجنتهم، على أن يكون موقع عليه من قبل الزوجين معا، من ثم إمكانية التراجع عن الرضا،

[1]- Jennifer MERCHAUT/ Féminismes américains et droit de la procréation, Revue le mouvement social, n°203, février 2003, pp 66- 67
[2]- Jennifer MERCHAUT / op.cit, p80
[3]- Jennifer MERCHAUT/ op.cit, p82

حيث يفقد الرضا حينئذ أحد ركنيه الأساسيين، فتعدو كل موافقة معدومة القيمة والأثر، حيث لا عبرة بالقرار الانفرادي، خاصة وأن كلا الزوجين على قيد الحياة.[1]

المطلب الثاني: موافقة الزوجين على النقل والتخصيب الصناعي

الرضا يختلف في حالة كون طالب الإخصاب هو الزوج أم الزوجة وكذلك في حالة وفاة أحد الزوجين عنه أو الفرقة بينهما. وهذا الرضا يصطبغ بالكتابة سواء أكانت موثقة أم سند عادي، حسب الأحوال.

الفرع الأول: الرضا الصادر من الزوج.

إن رضا الزوج في عملية الإخصاب أثناء قيام العلاقة الزوجية أمر بديهي حيث إن الزوج هو طرف مع الزوجة في إبرام هذا العقد، ولا يمكن القول بجواز إجراء مثل هذه العملية دون رضاء الزوج أو بإذنه بل لا يعتد بهذا الرضا والإذن، إلا إذا وافق على استمارة طلب الإخصاب أو نموذج الموافقة على برنامج الإخصاب خارج الجسم أو طفل الأنبوب حسب المسمى الذي يورده المركز للتعبير عن العقد، وبخلاف ذلك تقع المسؤولية القانونية الجنائية، المدنية على المركز والقائم بالعملية بل وحتى الزوجة.

إن هذا الرضا قد يكون صريحا أو ضمنيا، والأول قد يكون كتابية أم شفاهية ، وان هذا الرضا الصريح أو الضمني يعتبر في نظر البعض أمرا لضرورية التبرير استرداد حي من الزوج المتوفى لغرض الإخصاب، وان كان بالإمكان القول باستنتاج الرضا الضمني عندما يتفق كل الورثة على وجود رغبة مسبقة من مورثهم أثناء حياته على إجراء الإخصاب، لكن مع ذلك فان استخلاص الرضا الضمني من الصعوبة عندما يكون هنالك تعارض بين ادعاء الورثة والمصلحة المبتغاة.[2]

غير إن التساؤل الذي يثار هنا هل إن الزوج ملزم بالموافقة على عملية الإخصاب الاصطناعي بصورة عامة؟ وما صور التعبير عن الرضا في الإخصاب اللاحق؟ وعليه فإنه يتوجب علينا تناول هذا الفرع في جانبين:

---

[1]– أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 160.

[2]- Carson Strong and William H. Kutteh3 ," Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state" _http://humrep .oxfordjournals.org/cgi/content/long.

الفرع الثاني: صور رضا الزوج عن الإخصاب اللاحق

أولا: مدى إلزامية الزوج بالرضا على الإخصاب اللاحق

من خلال استقراء مختلف آراء الفقه الإسلامي والقانوني نجد إن مسالة إلزام الزوجة لزوجها في الإنجاب الاصطناعي عموما مترددة بين من لا يرى ذلك إلا في حالات الضرورة وبين من ينفي ذلك.

فيرى رأي انه لا يحق للزوجة إلزام زوجها بإنزال سائله المنوي في وعاء لكي تتمكن من حقن نفسها به وان لم تكن قادرة على الإنجاب بغير ذلك، إلا إذا اشترط الزوج عليها عدم الإنجاب مطلقة أو لمدة محددة حيث انه لا دليل على استحقاق الزوجة الحمل من زوجها بالطريقة الطبيعية ويستثنى من ذلك ما إذا كان امتناع هذا الزوج عن الإنجاب يعد أضرارا بالزوجة كأن تكون الزوجة مصابة ببعض الأمراض النسائية التي لا ترتفع إلا بالحمل منها يكون هذا الزوج مخير بين الممانعة من الإنجاب أو تطليقها[1]، لقوله تعالى (فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ).[2]

ويرى أخر أنه لا دليل على إلزام الزوجة لزوجها بإنزال منيه في وعاء أو ما شابه فيتمسك بالبراءة إلا في بعض الحالات التي يعد امتناع الزوج منافية لإمساكها بمعروف أو تسريحها بإحسان فيلزم عدم اختصاص الآية أعلاه بالإطلاق بل يعد من الأضرار بالزوجة فلا يجوز ذلك.[3]

ويذهب ثالث إلى أنه لا يوجد نص قانوني يشترط موافقة الزوج كإجراء ضروري للقيام بعملية الإخصاب وإنها تخضع للقواعد العامة، ويرى إن اشتراط الرضا أمر بديهي كون المولود يحمل اسم أبويه، وبالتالي لابد من رضا كل من الزوجين (صراحة أو ضمنا) لان الأبوة والأمومة مسألة اختيارية، كما إن شرط الرضا من ناحية أخرى فيه مصلحة المولود لان انعدام الرضا سيؤدي إلى إنكار نسب المولود مع ما يترتب على ذلك من آثار خطيرة.[4]

ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان حول مدى إمكانية الزوج في رفض إجراء العملية؟

---

[1]– السيد محمد رضا السيستاني ، مرجع سابق، ص 23.

[2]– سورة البقرة، الآية 229

[3]– الشيخ باقر الأيرواني، الفقه الاستدلالي، ج2 ، ص413 .

[4]– محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص 40.

يذهب البعض إلى إن رفض أحد الزوجين أو كلاهما يؤدي إلى استحالة إجرائها إلا إن حرية أحد الزوجين في رفض العملية تبدو غير مطلقة أو ليست تحكمية لأنه ليس من المقبول أو المتصور رفض أحد الزوجين الإخصاب دون مبرر لأنه وسيله التحقيق رغبة في الإنجاب لمن تعذر عليه ذلك في الإخصاب الطبيعي إلا أنه يعتبر خطأ من جانبه ولا يحق للزوج رفض العملية إذا وافقت زوجته لتعلق الأمر بعقم لا بعجز فيعد في فرنسا خطأ من جانب الزوج موجب للطلاق.

وإذا علمنا إن الإخصاب لا يحدث ربما بمحاولة واحدة بل عدة محاولات فهل يجب على المركز استحصال رضا الزوج في كل محاولة ؟ وهل يكتفي بالرضا الحاصل في المحاولة السابقة ؟

هنالك رأيان بهذا الخصوص:

الأول: يرى الإكتفاء بالرضاء الأول أو العام ولا داعي للرضا عن كل محاولة حيث إن الزوج قد ارتضى خضوع زوجته للعلاج وعبر عن ذلك بشكل نهائي وقانوني ولا داعي لتكرار هذا الرضا أو طلب حضوره أو موافقته مجددا لاحتمال تعقد الأمور مما يؤخر إجراء العملية في الوقت الملائم، و تعرض عملية الإخصاب للفشل.[1]

الثاني: يرى ضرورة الموافقة على كل محاولة ولا يجوز الاستناد الى الرضا العام أو الصادر عن أول محاولة، ومن ثم فان على الزوجين إذا ما رغبا بتكرار المحاولة إن يبرم عقد جديد مع المركز وألا تحققت مسؤولية المركز عن إجراء العملية دون استحصال رضا الزوج.[2]

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الثاني ونرى وجوب الحصول على رضا الزوج عن كل محاولة طالما أن العقد لم يشر إلى عدد المحاولات، خاصة وأن كل محاولة تعتبر عقدا جديد تترتب عليه إلتزامات مالية وغير مالية، وقد لا يوافق عليها الزوج كما يرى لزوما اخذ الموافقة على المحاولات اللاحقة كل على حده.

وإذا كان ما تقدم يمثل الإخصاب الاصطناعي عموما فهل إن الرضا شرط في الإخصاب اللاحق ؟

---

[1]- رضا عبد الحليم عبد المجيد، مرجع سابق، ص 469.

[2]– رائده محمد محمود النجماوي، عقد التلقيح الصناعي ، مرجع سابق، ص 112.

فيما يتعلق بالجانب الفقهي فانه سبق وأن أوضحنا، فيما يخص مشروعية الإخصاب، إن هنالك اتجاها فقهية يرى الجواز دون قيد أو شرط بما في ذلك رضا الزوج أو الزوجة ، بينما ذهب اتجاه أخر إلى اشتراط الرضا بجواز الإخصاب الحق سواء في حالة الوفاة أم الفرقة. وان كان هنالك اتجاه لا يعتد بالرضا ويرى عدم جواز الإخصاب اللاحق بكل فرضياته أو صوره .[1]

أما فيما يخص موقف التشريعات المقارنة فان رضا الزوج، كما أوضحنا فيما سبق، أمر اشترطه القانونين اليوناني[2]، والاسباني[3]، ولم يعتد به المشرع الفرنسي[4]، ولا التشريعات العربية المقارنة لأنها لم تجز هذه الصورة، سواء رضي كلا الزوجين بها أم لا؟

إما موقف القضاء المقارن، فانه فيما يخص الرضا بالإخصاب في بعض قراراته ذهب إلى رفض تسليم عينات الزوج التناسلية إلى أرملته بعد وفاته.

ومن خلال ما سلف يمكن أن نستخلص أن المشرع يفرق بين الرضا والموافقة بخصوص اللجوء إلى عملية التلقيح الصناعي.

ذلك أن الرضا يكون قبل البدء في إجراءات التلقيح، في حين أن الموافقة تعبير رضا صريح يشترط أن يكون مكتوبا، ويتم تأكيده بعد شهر من استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية، وفقا لنص المادة 371 من قانون الصحة18-11.

[1]- فرج محمد محمد سالم ، المرجع سابق، ص889.

[2]- المادة 1457 من القانون رقم 3089/2002.

[3]- المادة (9/2) من القانون رقم 30 لسنة 1988.

[4]- Brahams, D. Widow appeals over denial of right to husband's sperm, Lancet (1996), p. 348

المبحث الثاني: الشروط الخاصة بإرادة الزوجين

اعتمدت جل التشريعات التلقيح الاصطناعي بين الزوجين داخليا كان أم خارجيا، لهدف علاجي هو علاج العقم لأحدهما أو كلاهما، إلا أن العلاج وتدخل الطبيب غير مسموح به إلا بموافقة الزوجين على ذلك، كما أن الرضا لا يكون معتبرا إلا إذا كان مستنيرا وبكل حرية وسيادة دون إجبار وحال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية وأن يستمر هذا الرضا حتى وقت التدخل الطبي تحت غطاء عقد المساعدة الطبية على الإنجاب.

المطلب الأول: خصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب

لا شك أن العقد الطبي الوارد على تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، يخضع في الأساس للأحكام العامة المنظمة للعقود، إلا أنه يتميز من حيث تحديده وكيفية انعقاد وكذلك من حيث طبيعته القانونية وخصائصه، هذا ما سنتطرق إليه من خلال تحديد أركان العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب أولا ثم التطرق ثانيا إلى خصائص هذا العقد، والذي سوف نعرفه قبل ذلك على النحو التالي:

تعريف العقد الطبي:

تطرق العديد من الفقهاء إلى تعريف العقد الطبي وتذكر من التعاريف ما يلي:

عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه " اتفاق بين الطبيب و المريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ".[1]

وقد عرفه الأستاذ سافيتي Savatier بأنه " اتفاق بين الطبيب من جهة و المريض أو من ينوب عنه من جهة أخرى ، يلتزم بموجبه الطبيب بأن يقدم للمريض بناءا على طلبة الإرشادات اللازمة و العناية الصحية ".[2]

تعريف المساعدة الطبية على الإنجاب:

عرفها المشرع الجزائري في المادة 370 من قانون الصحة الجديد رقم 18-11 بقوله "المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكد طبيا"، وأضاف المشرع في الفقرة الثانية لنفس المادة "وتمثل في ممارسات

[1]– عشوش كرمي، العقد الطيب، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007 ، ص 09.

[2] – عشوش كرمي، المرجع نفسه، ص 09.

عيادية وبيولوحية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الصناعي"، ويتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري أدرج تحت مسمى المساعدة الطبية على الإنجاب، كل التقنيات ذات العلاقة بالطب الإنجابي، سواء تعلق الأمر بالتلقيح الاصطناعي الداخلي أو تقنية أطفال الأنابيب أو غيرهما من التقنيات. العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب.

هو بالأساس عقد طيبي موضوعه المساعدة الطبية على الإنجاب، وبذلك يمكن تعريفه بأنه ذلك العقد الذي يربط بين الزوجين والطبيب على إجراء تدخل طبي بغرض المساعدة الطبية على الإنجاب وفق الشروط التي حددها القانون، وتتم المساعدة الطبية على الإنجاب عن طريق تلقيح المرأة بطريقة اصطناعية وهو ما يسمى بالتلقيح الاصطناعي والذي يجب ألا يخرج عن الضوابط الشرعية والقانونية.

انطلاقا من هذا التعريف تتضح لنا بعض معالم خصوصية تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب من الناحية القانونية وتميزها عن باقي الأعمال الطبية من خلال أطراف العقد الطبي المنصب على عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، فالمتعارف عليه غالبا أن أطراف العقد الطبي هما المريض والطبيب، أما بخصوص موضوع دراستنا، فإن أطراف العقد هم الزوج والزوجة والطبيب أما في بعض الدول التي تنتهج نظاما قانونيا تحرريا وتحيز تقنية الأم البديلة أو التلقيح عن طريق رجل مثيرة فأطراف العقد هم الزوجين والطبيب والطرف الأجنبي المتدخل في عملية التلقيح

أولا: أركان العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب:

العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب هو عقد يخضع في أحكامه للقواعد العامة المنظمة للعقد فلا ينشأ صحيحا إلا بتوفر أركانه وهي الرضا، المحل و السبب، وما يميز المساعدة الطبية على الإنجاب، عن غيرها من العمليات الطبية في أنها ليست عمليات جراحية أو إسعافية تستدعي العجلة في التنفيذ، حيث أن الإرادة متوفرة لكل من الطبيب والزوجين لمناقشة بنود العقد والاتفاق على الأمور المحيطة بإجراء العملية وهذا دون الخروج عن الضوابط القانونية المحددة للقيام بعمليات المساعدة الطبية على الإنجاب، ومن هنا تبدأ الخصوصية القانونية لهذه العمليات في الاتضاح من خلال تميز أركانها عن باقي الأعمال

الطبية و هذا ما سنوضحه أكثر فيما يلي كون أننا بصدد الحديث عن عقد طبي ناشئ وفقا لإرادة أطرافه.

1- الرضا: الرضا هو ركن أساسي لأي عقد و نعني به تطابق الإرادتان حيث نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري، على أنه "يتم العقد مجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية[1]"، والرضا في العقد الطبي محل الدراسة هو الإيجاب والقبول الصادر من الزوجين والطبيب والذي يجب أن يكون صحيحا خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة المتعارف عليها وهي الغلط، التدليس، الغبن، الاستغلال، والإكراه[2]، والغالب في العقود الطبية وجوب موافقة المريض، هذا الأخير في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب قد يكون إما الزوج أو الزوجة فقط، لذلك وجب موافقة الطرف المريض على إجراء العملية وكذلك موافقة الطرف الثاني الغير مريض، حيث لا يمكن تصور إبرام العقد بين الزوجة والطبيب فقط دون علم الزوج و موافقته، فالموافقة تكون من الزوجين و هذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري[3]"، وأكدت عليه كذلك المادة 371 من قانون الصحة رقم 18-11[4]، و فيما يخص أهلية التعاقد فإننا ومن خلال استقراء المواد القانونية السابقة الذكر إضافة إلى المادة 40 من القانون المدني الجزائري فإنه يشترط لرضا الزوجين بلوغهما سن 19 سنة كاملة"، أما بخصوص الطبيب فيفترض فيه الأهلية باعتبار أنه الشخص العارف بأصول الطب ومبادئ مهنته، إلا إذا ثبت تأثر أهليته يمانع أو عارض من عوارض الأهلية[5]، على أن يلتزم بالشروط القانونية التي وضعها المشرع الجزائري من أجل مزاولة مهنة الطب، كما يجب أن يتمتع الطبيب بصحة عقلية جيدة وهذا وفق ما أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 166 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة السابق الذكر، أين تطرق المشرع وبالتفصيل إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب و حدد ضوابط وشروط ممارستها، وأكد من خلال المادة 372

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

[2]- عشوش كرم، مرجع سابق، ص 41.

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

[4]- القانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46، 2018

[5]- عشوش كريم، مرجع سابق، ص 32.

على أن كل الأعمال المتعلقة بنظام المساعدة الطبية على الانتحاب يجب أن تتم من قبل ممارسين معتمدين في مؤسسات، أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة الأعمال الخاصة بالتخصيب الاصطناعي.

2- المحل

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

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، م 01. دار إحياء التراث العربي بيروت، 1964، ص 306.

[2]- أنظر: المواد 92، 93، 94، من القانون المدني الجزائري، أمر75-58 المعدل والمتمم بالأمر 05-07.

[3]- العلواني عديلة، أنماط التعاقد في الأنظمة الصحية ج 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 14.

[4]- زهرة، محمد المرسي، الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، جامعة الكويت، 1993م، ص 80.

الطبيب للزوجين، وذهب رأي آخر إلى القول بأن محل العقد هو المواد الإنجابية أي البويضات على أن لا يخرج هذا التعامل عن إطار العلاقة الزوجية ويكون وفق ما هو محدد شرعا وقانونا، ونشير هنا إلى أنه لا يزال يشار الخلاف حول المواد الإنجابية إما باعتبارها خلايا تناسلية يحكمها مبدأ معصومية الجسم البشري أو باعتبارها لقائح تأخذ حكم الجنين وبالتالي تخرج عن دائرة الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للعقد[1]، كما يرى جانب من الفقه أنها تدخل ضمن دائرة الأشياء التي يكن التعامل فيها بما أنهما انفصلت عن الجسم البشري[2] ، والرأي الراجح قانونا بين هذا كله هو القول بأن محل عقد المساعدة الطبية على الإنجاب هو خدمة طبية تتمثل في إجراء عملية تقنية من خلال تلقيح بويضة الزوجة مني الزوج الغرض الحمل والإنجاب باستخدام وسائل طبية حديثة.

3- السبب: سبب العقد هو الدافع أو الباعث إلى التعاقد، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري استنادا إلى النظرية الحديثة التي تأخذ بسبب العقد في حد ذاته وليس بسبب الالتزام، وهذا ما ينطبق تماما على العقد المبرم في إطار تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب والذي يخرج في الأساس عن المفهوم التقليدي للعلاج الذي غرضه الشفاء من مرض ما، وإنما يمتد إلى تحقيق الرغبة في إشباع غريزة الأمومة والأبوة لدى الزوجين، والسبب ركن مهم في تكوين وإبرام العقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعا وإلا أصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا، كما تظهر عدم مشروعية السبب إذا كان مخالف للنظام العام والآداب العامة، ونظم المشرع الجزائري أحكام السبب في المواد 97 و 98 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت في هذا المادة 97 على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا"، لذلك يجب أن يكون السبب في عقد التلقيح الاصطناعي مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون وفق الضوابط التي حددها الشرع والقانون، وبالنتيجة يمنع كل ما تعلق بالتلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية عن طريق متبرع أو مانح، وكذلك الحمل لمصلحة الغير عن طريق الأم البديلة أو استئجار الأرحام، وهذا لما فيه من تجاوزات شرعية وقانونية

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

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

خصوصا فيما يتعلق بأحكام النسب باعتبارها من النظام العام، ويكون السبب هنا غير مشروع، مما يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

4- الشكلية

الشكلية يقصد بها الكتابة و في مجال العقود يمكن اعتبارها تلك الوثيقة التي تحوي كل الأركان، ونجد أن المشرع الجزائري جعل من الشكلية ركنا أساسيا في بعض العقود كعقد البيع الوارد على العقار مثلا، لكن القاعدة العامة التي تحكم نظرية العقد هي مبدأ الرضائية"[1]، بمعنى عدم وجوب الشكلية بما أن الرضا موجود، وبالرجوع إلى العقد الطبي فالأصل أن القانون لا يلزم المتعاقدان باللجوء إلى شكلية معينة لكن استثناءا، اشترط الكتابة في بعض الحالات كما سنوضح، أما بخصوص العقد محل الدراسة، وبالرجوع إلى قانون الصحة القلم رقم 85- 05، لم يتطرق فيه المشرع الجزائري أساسا إلى مسألة التلقيح الاصطناعي و تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، ولكنه اشترط الكتابة في بعض العمليات أو بالأحرى التقنيات الطبية الأخرى كنقل و زرع الأعضاء البشرية، كما أكد عليها أيضا من خلال المادة 364 قانون الصحة الجديد رقم 18-11، أما بخصوص الشكلية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، وبالرجوع إلى الفقرة الثانية للمادة 371 من قانون الصحة الجديد، فقد أكدت على أن يقدم الزوج و الزوجة كتابيا وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب و يجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية، كما أنه لا بد من وجود تقرير طبي مفصل يؤكد حالة العقم و السماح للزوجين باللجوء إلى تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب، يتم تحريره من قبل طبيب مختص، كما أكدت المادة 372 من نفس القانون على أن كل الأعمال المتعلقة بنظام المساعدة الطبية على الإنجاب يجب أن تتم من قبل ممارسين معتمدين في مؤسسات، أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة الأعمال الخاصة بالتخصيب الاصطناعي، ما يفيد أنه بصدور هذا القانون أصبح العقد الطبي الوارد على تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب يشترط فيه نوع من الشكلية و ذلك دون التفصيل في مال العقد و الآثار المترتبة عليه في حالة تخلف هذا الركن ما قد يثير الكثير من التساؤلات القانونية التي لا بد من التطرف إليها مستقبلا بالبحث و الدراسة.

[1]- العلواني عديلة، مرجع سابق، ص 15.

ثانيا: خصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب

1- عقد شخصي

أول خاصية يتميز بها هذا العقد هو أنه عقد شخصي، ونعني بذلك أن هذا النوع من العقود بالخصوص يقوم على الاعتبار الشخصي كون أن الزوجان يتجهان للقيام بهذه العملية عند طبيب محدد دون غيره من الأطباء، أو عند مركز طبي محدد دون غيره وغالبا يكون هذا الطبيب أو المركز الذي يلتجأ إليه الزوجان معروف بإنجازاته و نجاحاته في مجال التلقيح الاصطناعي، وتقوم العلاقة التعاقدية بين الزوجين والطبيب القائم بالعملية على أساس الثقة المتبادلة[1] ، وعليه وجب احترام حق الزوجين في حريتهما في اختبار الطبيب أو المركز الذي يريدان إجراء العملية فيه، وبالتالي فإن وفاة الطبيب أو إغلاق المركز وتوقفه عن النشاط لأي سبب كان يؤدي بالنتيجة إلى انقضاء العقد.

2- عقد إنساني

لا شك أن الجانب الإنساني في عقد المساعدة الطبية على الإنجاب يلعب دورا مهما، وتتضح معالمه في تحقيق رغبة الزوجين في الإنجاب وإشباع غريزة الأمومة والأبوة لديهما"[2]، و غالبا ما يراعي الطبيب هذا الجانب، خصوصا ما يتعلق بالحالة النفسية للزوج والزوجة بعد عدم قدرتهما على الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي، وما يشكله هذا الموضوع من ضغوطات سواء من جانب العائلة أو المجتمع، ومن جانب آخر كما ذكرنا أن محل العقد هنا يمتاز بنوع من الخصوصية كون أن الطبيب يتعامل مع المواد الإنجابية للزوجين سواء كانت خلايا تناسلية أو لقائح خارج الجسم يجب عليه عدم المساس بمبدأ معصومية الجسم البشري، وأن يتقيد بالضوابط الأخلاقية والبيوأخلاقية، التي أقرها المشرع الجزائري خصوصا في قانون الصحة رقم 18-11، كما أن المشرع أكد على الجانب الإنساني في الأعمال الطبية بشكل عام من خلال الفقرات 2/3/4 من المادة 21 من قانون الصحة 18-11.

[1]- زهرة محمد المرسي، الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مرجع سابق، ص 242.
[2]- عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2013/2014، ص...116

3-عقد مسمى

العقد المسمي هو العقد الذي نظمه المشرع، وبين أحكامه وضوابطه، وبالرغم من أن الكثير من الأبحاث تؤكد أن العقد الطبي في العموم عقد غير مسمى كون أن المشرع الجزائري لم يتولى تنظيمه وتسطير أحكامه موجب القانون المدني أو القوانين الخاصة بالصحة[1]، وهذا ما كان ينطبق فعلا على العقد الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي قبل صدور قانون الصحة 18-11، لكن صدور هذا القانون شكل لنا نظاما قانونيا العقود المساعدة الطبية على الإنجاب، و قيدها بجملة من الضوابط القانونية، وحدد لها شروطا شكلية و موضوعية، تجعلها تدخل ضمنيا في فئة العقود المسماة، ونظم المشرع أحكامها الخاصة في القسم الثالث للفصل الرابع من الباب السابع، تحت مسمى " أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب" في المواد من 370 إلى 376 من القانون رقم 18-11 السالف الذكر.

4- عقد مستمر

تظهر استمرارية هذا النوع من العقود كون أنه ليس عقدا فوريا فلن يحدث الحمل والإنجاب من خلال أول زيارة طبية، بل إن العملية تتطلب وقتا، وتمر بعدة مراحل بداية بإجراء التحاليل اللازمة، والتشخيص، وتبصير الزوجين بجميع المعلومات المتعلقة بالعملية، والطبيب هنا ملزم بتنفيذ العقد ومتابعة مختلف المراحل وبذل العناية اللازمة، إلى غاية تحقيق الإنجاب، وهذا ما ينطبق على تعريف العقد المستمر، فهو كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه ذلك العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه وتكون مدة تنفيذه مقارنة بمدة زمنية محددة[2]، هذا من حيث التنفيذ أما من جانب استمرارية الالتزام فإن مسؤولية الطبيب تمتد إلى ما بعد تنفيذ العقد، خاصة فيما يتعلق بالتشوهات أو الأمراض سواء الجسدية، العقلية أو النفسية التي قد تلحق بالحنين أو بالطفل مستقبلا إذا ثبت حدوثها نتيجة خطأ الطبيب و إهماله، حيث يحق للطفل أو الأبوين المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية و المعنوية وعن النفقات التي سيتحملونها نتيجة هذا الخطأ.[3]

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 139.

[2]- زهرة، محمد المرسي، مرجع سابق، ص 244.

[3]- أحمد مانع سالمين الغوثاني، عقد الإخصاب، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2017، ص 82.

5- عقد شكلي

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

6- عقد معاوضة:

يعتبر العقد الوارد على تقنية المساعدة الطبية بغرض الإنجاب من عقود المعاوضة وهي تلك العقود التي يقدم فيها كل متعاقد عوضا للطرف الأخر عما قدمه له وتظهر خاصية المعارضة في عقد المساعدة الطبية على الإنجاب، في أن يقدم الزوجان عوضا ماديا للطبيب وعوض الطبيب للزوجين هو إجراءه لعملية التلقيح الاصطناعي وفق ما تم الاتفاق عليه، وبالتالي فأغلب العقود الملزمة لجانبين هي عقود معاوضة، وغالبا ما يكون هذا العوض سببا مباشرا للتعاقد وعليه يرى فقهاء القانون بخصوص عقود المعاوضة، أن انعدام العوض يبطل العقد لانعدام السبب.

7- عقد ملزم لجانبين:

العقد الملزم لجانبين هو ذلك العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدان، وعكسها العقود الملزمة بالجانب واحد[1]،التي لا تنشي مثل هذه الالتزامات المتقابلة و العقد الطبي هو عقد تبادلي [2]، يرتب على عائق طرفيه التزامات متقابلة، حيث نصت المادة 55 من القانون المدني على أنه "يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"، وهذا ما ينطبق على عقد التلقيح الاصطناعي الذي ينشئ التزامات في ذمة كل من الطبيب والزوجين وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المحور الثاني من هذا المقال، لكن ما يهمنا هنا في الخاصية أنها تعطي الحق القانوني لكلا الطرفين في فسخ العقد في حالة ما إذا

[1]- أنظر: المادة 56 من القانون المدني الجزائري.

[2]- أنظر: المادة 57 من نفس القانون.

لم يلتزم الطرف الثاني بالتزاماته، وما يميز كذلك عقد المساعدة الطبية على الإنجاب هنا هو إمكانية نسخ العقد من أحد الزوجين خاصة وأن شرط الانعقاد هو موافقة الزوجين وبالنتيجة من حق أحد الزوجين أن يقوم بفسخ العقد.

المطلب الثاني: الآثار القانونية العقود المساعدة الطبية على الإنجاب

يرتب العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، آثارا قانونية تتمثل أساسا في الالتزامات التي تقع على عاتق كل من الطبيب والزوجان، هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي

أولا: الالتزامات المترتبة على الطبيب:

1- الالتزام بالتبصير

الالتزام بالتبصير هو التزام سابق على التعاقد وتعني به التزام الطبيب بتبصير المريض من خلال تقديمه لكافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية وإعلامه بجميع المخاطر المتوقعة للعلاج[1]، من أجل أن يضعه في صورة كاملة عن حالته الصحية، حتى يقدم هذا الأخير موافقته الحرة والمستنيرة وهذا ما نصت عليه المادة 343 من القانون رقم 18-11، ويعتبر هذا الالتزام مبدأ ثابت في المجال الطبي، كما أنه بالرجوع إلى المادة 23 من نفس القانون، فإنه على الطبيب إعلام وتبصير الزوجين بصدق وأمانة، وبطريقة سهلة ومفهومة، حول حالتهما الصحية ومدى إمكانية نجاح العملية من عدمها، وإحاطتهما بالأخطار التي قد تتعرض لها الأم أو الجنين والآثار المترتبة عن كل الطرق الخاصة بالتلقيح الاصطناعي وهذا حتى يتسنى للزوجين اختيار أي الطرق أنسب لحالتهما، ويكونا على بصيرة بظروفها وآثارها النفسية والاجتماعية والأخلاقية.[2]

2- الالتزام بالقيام بعملية التلقيح الاصطناعي

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

[2]-زهرة محمد المرسي، مرجع سابق، ص 243.

بعد أن ينشا العقد صحيحا قائما بجميع بأركانه تدخل مرحلة التنفيذ، حيث يقع على الطبيب في هذه المرحلة الالتزام بإجراء العملية وفق الأصول العلمية المتعارف عليها[1] ، ووفق ما تم الاتفاق عليه ودون الخروج عن الضوابط القانونية والشرعية، مع التقيد بالأخلاقيات والأدبيات والبيوأخلاقيات الطبية التي حدده المشرع الجزائري في قانون الصحة 18-11حيث نصت المادة 373/ 01 على أنه "يجب أن يتم تنفيذ المساعدات الطبية على الإنجاب، مع مراعاة القواعد الحسنة، والأمن الصحي في هذا المجال، المحدد عن طريق التنظيم"، كما أنه لا يجوز القيام بهذه العمليات إلا بين الزوجين، وعلى يد أطباء متخصصين في هذا المجال كما سبق وأن وضحنا، إضافة إلى هذا نصت الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة على أنه" تخضع المؤسسات التي تمارس المساعدة الطبية على الإنجاب، لمراقبة المصالح الصحية ويتعين عليها إرسال تقرير سنوي عن نشاطاتها، إلى السلطة الصحية المعنية"، وعلى هذا الأساس يلتزم الطبيب بالقيام بالعملية وفق العقد المبرم بينه و بين الزوجين و يجب عليه بذل العناية اللازمة من أجل تحقيق النتيجة المرجوة، وإذا أخل بهذا الالتزام تقوم في حقه مسؤولية عقدية، عن عدم التنفيذ، كما أنه وحسب المادة 353 من قانون الصحة المذكور، فإن كل خطأ أو غلط بس بالسلامة الجسدية أو الصحية للمريض و يسب له ضررا، يؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية، لذلك وجب على الطبيب أثناء قيامه بعملية التلقيح الاصطناعي، أن يبذل من العناية في تنفيذ التزامه التعاقدي القدر الذي يتوافق مع مستواه والعلمي وخبرته الفنية والمهنية وأن يكون حريصا، لأن الخطأ الذي قد يقع فيه الطبيب في بحال المساعدة الطبية على الإنجاب يكون مسئولا عنه بوصفه خطأ حسبما يؤدي إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول مما حسب نص المادة 353 المذكورة سابقا، كما يجب على الطبيب مرافقة الأم والجنين سواء أثناء العملية أو بعدها إذا استدعت حالتهما الصحية ذلك، وهذا ما يمكن استخلاصه من خلال نص الفقرة الأولى للمادة 21 من قانون الصحة المذكور.

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

3- الالتزام بالسرية.

الالتزام بالسرية يقصد به بالمحافظة على السر الطبي، وهو واجب أخلاقي قبل أن يكون واجبا مهنيا[1]، يقع على عائق كل أفراد السلك الطبي حيث يجب عليهم عدم التصريح أو إفشاء أسرار المرضي التي قد يطلعون عليها أثناء ممارسة المهنة أو بمناسبتها، ولا شك أن الطبيب القائم بعملية التلقيح الاصطناعي وبحكم الخصوصية التي تمتاز بها هذه التقنية من كشف للعورات، والاطلاع على بعض أسرار وخبايا الحياة الخاصة للزوجين فمن حقهما على الطبيب كتم هذه الأسرار وعدم إفشائها، وأساس هذا الالتزام قبل أن ينظمه العقد المبرم بين الزوجين و الطبيب، نظمته النصوص القانونية حيث أكدت المادة 24 من قانون الصحة 18-11 على أنه لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، كما وضحت الفقرة الثانية من نفس المادة أن السر الطبي يشمل جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة"، ونصت كذلك المادة 169 من نفس القانون على وجوب الالتزام بالسر الطبي والمهني، كما أكدت كل من المادة 38 و 39 من مدونة أخلاقيات الطب[2]، على احترام متطلبات السر المهني والحرص على عدم الكشف عن هوية المريض، ومنه نستنتج أن المحافظة على السرية ليس مقتصرا فقط على الجانب الفني والتقني للتلقيح الاصطناعي، بل يتعداه ليشمل كل ما يتعلق بها، فلا يجوز الطبيب أو المركز القائم بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب أن يقوم بالكشف عن هوية الزوجين وأسماءهم أو نشر أي صور ومعلومات عنهم لغايات البحث العلمي و الدراسات العيادية، أو لإعداد منشورات علمية أو من أجل الدعاية والإعلان، أو لأي غرض آخر، إلا إذا تم ذلك بموافقتهما، و أقر المشرع الجزائري عقوبات جزائية في حالة عدم التزام الطبيب بالسرية حيث أحالتنا المادة 417 من قانون الصحة 18-11 إلى تعليق نص المادة 301 من قانون العقوبات في حالة عدم التقيد بالالتزام بالسر الطبي.

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

[2]- أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 06 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب؛ أحمد مانع سالمين الغوثاني، عقد الإخصاب، مرجع سابق، ص 121.

4- الالتزام بالمحافظة على البويضات الملقحة

يلتزم الطبيب والمركز القائم بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب بالمحافظة على البويضات الملقحة وفق الضوابط البيو أخلاقية التي أكد عليها المشرع الجزائري في المادة 354 من القانون 18-11، ويعتبر هذا الالتزام أساسي بالنسبة للمركز الطبي والطبيب المشرف على العملية، إذ عليه عدم استعمال اللقائح الزائدة لغايات أخرى خارجة عن إطار عملية التلقيح الاصطناعي والاقتصار على ما يحتاجه فقط لإجراء العملية، كما نصت المادة 374 من نفس القانون أيضا على منع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة بالمواد الإنجابية وكذلك الأجنة الزائدة عن العدد المقرر، ونصت المادة 375 من نفس القانون على أنه" يمنع كل استنساخ للأجسام المتماثلة حينها، فيما يخص الكائن البشري، وكل انتقاء للجنس" كما نصت المادة 376 على تقيد الطبيب بشروط حفظ وإتلاف الأمشاج، وحدد المشرع الجزائري عقوبات جزائية تصل إلى الحبس مدة 10 سنوات على 20 سنة و غرامة مالية في حدود 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج" لكل من يخالف المنع المنصوص عليه في المواد 374 و 375 وهذا حسب ما نصت عليه المادتين 335 و 336 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

ثانيا: الالتزامات المترتبة على الزوجين.

1- الالتزام بالتعليمات الطبية

بموجب هذا العقد يلتزم الزوجان التعاون مع الطبيب خلال جميع المراحل المتعلقة بتقنية المساعدة العلمية على الإنجاب وإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وتزويده بكافة المعلومات التي يطلبها منهما سواء تعلق الأمر بمراجعة الأطباء من قبل مخصوص حالتهما الصحية أو تناولهما لبعض الأدوية[1]، وقد تتسم المعلومات بنوع من الخصوصية فيما يتعلق بحقيقة علاقتهما الجنسية، مع تمكينه من تنفيذ عمله وخصوصا ما تعلق باستخراج ونقل المواد الإنجابية، وفق الطريقة المتفق عليها في العقد، والانضباط في المواعيد التي يحددها الطبيب، خصوصا في حالة وصفه بعض الأدوية وتناولها في أوقات معينة وبالكميات المحددة وفترات الراحة والعمل التي يمر بها الطبيب، كما يجب عليهما التقيد بالتعليمات والإجراءات المنصوص عليها قانونا و التي يسهر على تنفيذها الطبيب وهذا حماية لهما لأن مخالفة هذا الالتزام يكون

[1]- فاطمة عبد الرحيم المسلماوي، مرجع سابق، ص 21.

سببا من أجل دفع المسؤولية الطبية في حالة وقوع أي ضرر قد يصيب الزوجين أو فشل في العملية، باعتبارهما قد أحلا بالتزاماتها التعاقدية.

2- الالتزام بدفع الأتعاب

دفع الأتعاب يقصد به الأجر المستحق للطبيب أو المركز نتيجة قيامه بعمله المتمثل في خدمة المساعدة الطبية على الإنجاب وإجراء عملية التلقيح الاصطناعية ويكون هذا وفق ما تم الاتفاق عليه، أثناء إبرام العقد، والأجر مستحق للطبيب سواء نجحت العملية أم لم تنجح لأن التزام الطبيب هنا كما ذكرنا هو التزام بذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، وتعتبر أتعاب الطبيب هي الالتزام المالي المقابل للخدمة الطبية المقدمة، ويخضع الأجر الذي يتقاضاه الطبيب للقواعد العامة المنظمة له في القانون المدني سواء من حيث تحديده أو طرق الدفع و كذلك من حيث الضمان والتقادم، كما نجد أن المشرع سبق وأن وضع بعض القيود فيما يتعلق بالمبالغة في الأتعاب من خلال نص المادة 57 من مدونة أخلاقيات الطب، وإذا حدث هذا بحق للزوجين طلب استرجاع المبلغ الغير مستحق عن طريق رفع شكوى ضد الطبيب لإخلاله بالقواعد والأدبيات المهنية، وهذا وفق ما نصت عليه المادة 347 من القانون رقم 18-11 كما فما الحق في اللجوء إلى القضاء وطلب التعويض، مع إمكانية استرجاع حقهما بطريقة ودية قبل اتخاذ أي إجراء قانوني.

خلاصة الفصل

نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وفق ضوابط؛ هي أن يكون الزواج شرعي، وبرضا الزوجين، وأثناء حياتهما، وأن يتم بمني الزوج وبويضة زوجته وباستعمال رحمها.

وتلك الشروط المشار إليها أعلاه أكدت عليها أيضا المادة 371 من قانون الصحة الجديد، وأضافت شرط غفل عليه المشرع لما سن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، وهو أن يكون الزوجين يعانيان من عقم مؤكد طبيا، مع تقديمهما طلبا كتابيا يتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، مع وجوب التأكيد عليه بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيئة أو المؤسسة المعنية، حيث جاء في المادة 371 من قانون الصحة الجديد:"تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر".

الخاتمة

يعد التلقيح الاصطناعي تقنية طبية جديدة لعلاج العقم ومساعدة الزوجين على تحقيق حلم الأبوة والأمومة ورغم إجازة المشرع له على مستوى قانون الأسرة وقانون الصحة، وتحديد جملة من الضوابط والقيود القانونية الواجب مراعاتها عند اللجوء إليه، إلا أنه قد يثير إشكالات عديدة حتى في ظل مراعاتها، تتعلق أساسا بتحديد نسب الطفل الذي يولد نتيجة لاعتماد التلقيح أو الإخصاب الاصطناعي، والتي سكت المشرع عن الفصل فيها بنصوص قانونية واضحة، يمكن اعتمادها من طرف القضاة بمناسبة القضايا المرفوعة إليهم في هذا الجانب.

نستخلص أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا:

1-يعتبر التلقيح الاصطناعي بمثابة الطريق الاستثنائي لحدوث الحمل و الإنجاب حيث يتم بتلقيح بويضة المرأة بمني الرجل وفقا لشروط متمثلة في قيام الرابطة الزوجية بالإضافة إلى توفر رضا الزوجين وتلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها و إعادة غرسها في رحم الزوجة،إلا انه يعاب على المشرع الجزائري عدم وضعه جزاء يحدد الخروج عن هذه الشروط ومخالفتها.

2-التلقيح الاصطناعي على نوعين داخلي وخارجي وكل نوعي حمل صور متعددة ومختلفة يتباين حكمها بناءا على مبادئ وقواعد الشريعة.

3-التلقيح الاصطناعي سواء داخليا أو خارجيا بين الزوجين مباح وأما ماعدا ذلك فمحرم.

4-ينسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي إلى أبيه إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر.

5-ينسب الطفل الناتج من عملية التلقيح الاصطناعي لصاحبة البويضة وزوجها.

6-عدم مشروعية وسيلة تأجير الأرحام ،حيث أنها تشكل نوعا جديدا من الجرائم الأخلاقية ،في عقبها خلطا الأنساب وتدمير وانتهاك للحرمة الزوجية.

7-التلقيح الاصطناعي بين الزوجين حال موت الزوج وحال الطالق محرم.

المقترحات:

1-أن يستبق عملية التلقيح الاصطناعي موافقة صريحة بين الزوجين معا تصدر بعد تبصير كامل من قبل الطبيب.

2-أن يتم تنفيذ هذه العملية أثناء قيام الحياة الزوجية وليس بعد وفاة الزوجين أو انتهاء العالقة الزوجية بالطالق.

3-ضرورة وضع قواعد قانونية تنظم مسالة النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي لأن الطرق التقليدية لا تتماشى معه

4-تكثيف التواصل بين الأطباء والفقهاء في العالم الإسلامي والعمل على تنسيق جهودهم في ما بينهم لدراسة المستجدات الطبية و إصدار الأحكام المناسبة لها.

5-إعادة صياغة نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة حتى يتناسب مع المادة 42 منه التي تتعلق بمدة الحمل والتي تجعل أقصى مدة له هي 10 أشهر وهو أمر مستبعد في التلقيح الاصطناعي الذي قد يستغرق فيه الحمل مدة أطول وهو أمر مثبت علميا وعمليا.

6-إعادة صياغة نص المادة 41 من قانون الأسرة التي أوقفت ثبوت النسب الشرعي" بإمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين فقط"، دون أن تأخذ في الحسبان إمكانية أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي الطبيعي والمباشر، وذلك عن طريق الإخصاب الاصطناعي، كما هو مقرر في المادة 45 مكرر، وضرورة إضافة التلقيح الاصطناعي كسبب لثبوت النسب، مما يضمن الانسجام بين المادتين.

7-تفصيل فرضيات نسب الطفل بشأن كل حالة تلقيح على حدة حتى ولو كانت غير جائزة قانونا، حتى يتمكن القضاة من الفصل في الدعاوى المعروضة عليهم في هذا الجانب.

8-وضع عقوبات في حالة مخالفة شروط التلقيح والتي ينجر عنها وقوع إشكال بشأن تحديد نسب الطفل سواء في قانون الأسرة ، قانون الصحة أو قانون العقوبات.

قائمة المراجع

أولا باللغة العربية

1-الكتب

1. معن خليل عمر علم اجتماع الأسرة دار الشروق للنشر والطباعة ط1 2004
2. بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية(الخطبة.الزواج) ديوان المطبوعات الجزائرية الجزائر ج1 /1994
3. سناء خولي الزواج والعلاقات الأسرية دار النهضة العربية للطباعة والنشر دون سنة النشر
4. نور الدين أبو لحية، عقد الزواج و شروطه، فقه الأسرة برؤية مقاصدية، دار الكتاب الحديث،القاهرة، غير مرقم.
5. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،ط1 ،دار 3 الخلدونية،الجزائر،2008
6. سليمان ولد خسال الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري منشورات طليطلة الجزائر ط1 2010
7. براميلي, صونيا.. الانحرافات الجنسية,أنواعها,أسبابها ,الطرق العلاجية .طرابلس . لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب 2009
8. الحنفي,عبد المنعم. الموسوعة النفسية الجنسية .ط1 .القاهرة: عالم الكتب. 2003.
9. نجمي جمال قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة الطبعة الثانية دار الهومة الجزائر 2017
10. أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007
11. زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دار الهدي، الجزائر، 2010
12. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

13. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة،2008

14. محمد بن يحي بن حسن النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، دراسة فقهية إسلامية مقارنة، ط 1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2011

15. زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط 01، الدار العربية للعلوم، بيروت، 1996

16. الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، ط 01 ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2011

17. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 03 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .2015

18. سيف إبراهيم المصاروة، رضا الزوجين بإجراء التلقيح الصناعي،مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42 العدد2 ،عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية2015

19. قاسم العيد عبد القادر ،التلقيح الاصطناعي،تعريفه،نشأته وموقف المشرع الجزائري. منه،مجلة العلوم القانونية والإدارية،كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007

20. مشار لدى أيمن مصطفى الجمل/ مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008

21. علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس،دار النهضة العربية،مصر،1991

22. عشوش كرمي، العقد الطيب، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007

23. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، م 01. دار إحياء التراث العربي بيروت، در 306، 1964

24. العلواني عديلة، أنماط التعاقد في الأنظمة الصحية الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2014

25. زهرة، محمد مرسي، الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، جامعة الكويت، 1993

26. أمير فرج يوسف، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية، مكتبة الوفاء، ط 01، مصر، 2007

27. أحمد مانع سالمين الغوثاني، عقد الإخصاب، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت لبنان، 2017

28. مراد بن صغير، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة بحي فارس المادية، المجلد 01، العدد 01، 30-11-2007

29. فاطمة عبد الرحيم المسلماوي، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، عقد الإخصاب الصناعي، بحث منشور على موقع كلية الحقوق، جامعة بابل، جمهورية العراق، سنة 2007

ثانيا-المذكرات

1. سالمي سميرة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر ، 2004-2007

2. العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج القضاة، الدفعة السادسة عشر 2008/2005

3. أمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014،

4. هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2006

5. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري – دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014 –2015
6. سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013
7. النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ،2001
8. بغدالي الجيلاي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري–دراسة مقارنة–، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعةالجزائر 1 ،2014
9. أحمد عمران، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في ظل القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة وهران 2010

ثالثا–النصوص القانونية:

1– أمر رقم 75–56، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 78،الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2– قانون رقم 84–11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد،24 الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل ومتمم.

3– القانون 18–11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتضمن قانون الصحة المعدل والمتمم، ج. ر.، رقم 46 بتاريخ 29 يوليو 2018.

4–القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

5-الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد15

رابعا -المراجع الأجنبية

1. Jennifer MERCHAUT/ Féminismes américains et droit de la procréation, Revue le mouvement social, n°203, février 2003
2. Jennifer MERCHAUT / op.cit, p80.
3. Jennifer MERCHAUT/ op.cit, p82.
4. Art2141/, al 03:...Font obstacle... au transfert des embryons... ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation ».
5. Carson Strong and William H. Kutteh3 ," Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state" _http://humrep .oxfordjournals.org/cgi/content/long
6. See: IVF after Death:Get Religion, March 9, 2012 March 10,2012. See : Brahams, D. Widow appeals over denial of right to husband's sperm, Lancet (1996),
7. 1s William Boulier, Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts, Hofstra Law Review, Vol. 23, Iss. 3 1995, Art. 4

الفهرس

العنوان	الصفحة
شكر والتقدير	
الإهداء	
المقدمة	أ–هـ
الفصل الأول: الضوابط المتعلقة بحماية نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي	
تمهيد	7
المبحث الأول: الإطار الشرعي للعلاقة الزوجية	8
المطلب الأول: الزواج الشرعي	8
الفرع الأول: العقد الشرعي في التشريع الإسلامي	8
أولا: إمكانية الاتصال بين الزوجين	9
الفرع الثاني: العقد الشرعي في القانون	10
المطلب الثاني: التلقيح أثناء حياة الزواجين	12
الفرع الأول: الفريق المجيز لتلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي	12
الفرع الثاني: الفريق المعارض لتلقيح المرأة بماء زوجها المتوفي	13
المبحث الثاني: الإطار التقني القانوني لعملية التلقيح	16
المطلب الأول: التقيح الاصطناعي استثناء يلجئ إليه فقط لوجود عقم طبي مؤكد.	16
المطلب الثاني: أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة مع استبعاد كل شخص أخر	19
الفرع الأول: تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها وغرسها في رحم الزوجة	19
الفرع الثاني: عدم اللجوء إلى الأم البديلة.	21
أولا: صور الاستعانة بالأم البديلة	21
ثانيا: تحديد نسب الطفل في حالة اللجوء إلى تأجير الرحم (الأم البديلة)	22
خلاصة الفصل	26
الفصل الثاني: الضوابط المتعلقة بحماية إرادة الزوجين	
تمهيد	28
المبحث الأول: الشروط العامة لإرادة الزوجين	29

المطلب الأول: رضا الزوجين لعملية التلقيح الاصطناعي	29
الفرع الأول: ضوابط التعبير عن الرضا	29
1- الإعلام والتبصير	29
2- الإرادة الحرة	30
3- الموافقة السابقة الكتابية الثنائية والمتجددة لبدء التلقيح	31
الفرع الثاني: بعض الإشكالات القانونية المقترنة بالموافقة على اللجوء إلى التلقيح الصناعي	33
1- الأهلية وإشكالية المأذون لهم بالزواج	34
2- حالة الغيبوبة (فاقد الوعي)	34
3- حالة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية	35
4- إشكالات العدول عن الرضا	37
المطلب الثاني: موافقة الزوجين على النقل والتخصيب الصناعي	41
الفرع الأول: الرضا الصادر من الزوج.	41
الفرع الثاني: صور رضا الزوج عن الإخصاب اللاحق	42
أولا: مدى إلزامية الزوج بالرضا على الإخصاب اللاحق	42
المبحث الثاني: الشروط الخاصة بإرادة الزوجين	45
المطلب الأول: خصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب	45
أولا: أركان العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب	46
ثانيا: خصائص عقد المساعدة الطبية على الإنجاب	51
المطلب الثاني: الآثار القانونية العقود المساعدة الطبية على الإنجاب	54
أولا: الالتزامات المترتبة على الطبيب	54
ثانيا: الالتزامات المترتبة على الزوجين	57
خلاصة الفصل	59
الخاتمة	61
قائمة المراجع	64

الفهرس	70
الملخص	

الملخص

يعتبر التلقيح الاصطناعي وسيلة بديلة للتلاقي الطبيعي، أباح المشرع اللجوء إليها بمراعاة الشروط التي وضعها لذلك والتي تضمنتها المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

وإذا كانت عملية التلقيح الاصطناعي بمثابة حل لمشكلة عسر الحمل والإنجاب، فإنها قد تثير العديد من الإشكالات العملية والقانونية بسبب مخالفة شروطها، من بينها إشكالية تحديد نسب الطفل الذي يولد كنتيجة لاعتمادها، الأمر الذي يفرض على المشرع ضرورة التدخل بوضع نصوص قانونية تفصل فيها.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الاصطناعي، الزوجين، الطفل، النسب

.

Abstract

Artificial insemination is an alternative way to natural convergence, the legislator permitted to take refuge in observing the conditions he set for that, which was included in Article 45 bis of the Family Law.

And if the artificial insemination process is a solution to the problem of indulgence and childbearing, it may raise many practical and legal problems due to violating its conditions, including the problem of determining the percentage of the child who is born as a result of its approval, which imposes on the legislator the necessity of interfering by setting legal texts in which they are separated.

Key words: Artificial insemination, spouses, child, proportions.