الإطار الشرعي والتشريعي لزرع الأجنة البشرية بعد وفاة أحد الزوجين

بقلم
د/ رقية أحمد داود
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تلمسان

الملخص

يلجأ بعض الأزواج الذين حرموا من نعمة الإنجاب بسبب نقص الخصوبة إلى أساليب التلقيح الصناعي ومنها الخارجي، بعد توافر كل الشروط واستكمال الإجراءات التي يتطلبها القانون. إلا أنه قد يحدث أن يتوفى أحد الطرفين بعد البدء في الخطوات الأولى لمشروعهم الأسري الإنجابي، أي بعد التلقيح وقبل بلوغ مرحلة الزرع في الرحم.

الأمر الذي يشكل عائقا يحول دون إتمام المشروع الأسري من جانب واحد، وبالتالي العدول عنه والتخلي عن الأجنة المحفوظة. إلا أن بعض الأزواج المتبقين على قيد الحياة، يظلون متمسكين بتحقيق رغبتهم في الإنجاب وبالتالي الزرع رغم وفاة الشريك، وهو ما يفترض إحدى الحالتين:

1- تمسك الزوجة بالزرع بعد وفاة زوجها.

2- إصرار الزوج على الزرع في زوجة ثانية بعد وفاة زوجته.

بين مؤيد ومعارض تتأرجح الآراء الفقهية، القانونية والقضائية.

Résumé :

Pour ce qui est de l'implantation Post mortem les législateurs français et algérien se prononcent clairement sur l'interdiction du transfert d'embryons après le décès de l'un des membres du couple, une prohibition générale,

prennent en compte :

* le deuil de l'époux survivant, il doit être protégé contre lui même, dans la détresse qu'il traverse du fait de perdre son conjoint, la poursuite du projet a des conséquences qui doivent être envisagées lors de la prise de décision.

*L'avenir de son éventuel enfant, pour ne pas devenir à la fois un enfant sans père ou mère et un enfant de deuil.

مقدمة:

قد يحدث أن يرفض أحد الأزواج أو كلاهما، وبمحض إرادته، الاستمرار في مشروع الإنجاب الذي بدأه في وقت سابق، أي بعد إتمام مرحلة التلقيح، حيث يتم العدول عن الرغبة الأسرية في الإنجاب، لسبب أو لآخر وبالتالي التخلي عن الأجنة البشرية المحفوظة في مراكز التجميد، وهو ما يسمى بالعدول الإرادي، إلا أنه ثمة أسباب قهرية يجبر الأزواج على التخلي عن الأجنة، وأهم هذه الأسباب، وفاة أحد الزوجين، حيث يرغم المتبقي منهما على قيد الحياة على هذا العدول الإرادي، في حين قد يحدث أن يتمسك بالأجنة ويطالب باسترجاعها، بغية المواصلة والاستمرار في المشروع الإنجابي ولو منفردا.

مما يدفع إلى طرح التساؤل حول مشروعية هذا الطلب؟ ومن ثم هل يمكن اعتبار وفاة أحد الزوجين سببا غير مانع لاستكمال المشروع الأسري، خاصة وأن الوفاة مسألة لا يد لإرادة الإنسان فيها، تنقطع بموجبها العلاقة الزوجية.

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي التمييز بين وضعيتين مختلفتين تتعلقان بحالة الزرع بعد وفاة الزوج، أولا، ثم بالزرع بعد وفاة الزوجة ثانيا.

أولا: الزرع بعد وفاة الزوج:

لا تشكل وفاة الزوج أحيانا، عقبة أمام الأرملة للمطالبة باسترداد الأجنة المحفوظة بغية زرعها، استكمال المشروع الإنجابي الذي بدأته مع فقيدها. هذا الفقيد الذي شهد إلى جانبها مراحل عملية التلقيح، ماعدا مرحلة الزرع،

محل النقاش، فهل من المعقول أن يسمح للأرملة بأن تتخلى هذه المرحلة الهامة، طالما أنها تقضي إلى ميلاد طفل في حالة نجاح العلوق بمفردها؟

إنه التساؤل الذي انقسمت بشأنه الآراء في الأوساط الطبية، القانونية والقضائية إلى مؤيد ومعارض، حسب ما سيلي بيانه.

I- الاتجاه المؤيد للزرع بعد وفاة الزوج:

يجيز القانون الإسباني رقم 35 لسنة 1988 المتعلق بالإنجاب البشري المساعد للأرملة زرع الأجنة البشرية، بعد وفاة زوجها، مما يمكن من إلحاق نسب المولود بأبيه، ويشترط المشرع الإسباني ضرورة توافر بعض الشروط، تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون الشريك قد عبر عن رغبته صراحة عن طريق وصية، في أن تستفيد شريكته من استكمال مراحل مشروعهما الإنجابي، في حالة وفاته.

2- إمكانية إتمام الزرع خلال الستة أشهر الموالية للوفاة، في حين يـشترط نظيره البلجيكي وحسب قانون جويلية 2007 المتعلق بالتلقيح الصناعي ومصير الأجنة البشرية الفائضة، ألا تقل مدة الحفظ عن 6 أشهر وألا تزيد عن السنتين المواليتين لتاريخ الوفاة[1].

إنه اعتراف صريح بحق الأرملة في المطالبة بالأجنة بغية زرعها استنادا إلى الحجج التي قدمها الفقه المؤيد لذلك والتي تتمثل فيما يلي:

أ- إن بلوغ مرحلة حفظ الأجنة وتجميدها، دليل أكيد على رغبة الزوج ورضاه بالمشروع الإنجابي الأسري، والذي ينتظر بموجبه من خلاله تحقيق أمله في الإنجاب رفقة شريكته وزوجته، وطالما أن هذا المشروع هو وليد رغبتهما المشتركة فمن الأولى إذن السماح الأرملة بمواصلته، حيث ما من سبب أو حجة تبرر رفض اختيارها في مواصلة ما بدأته مع زوجها، ولو تم ذلك في ظل ظروف جديدة أملتها الوفاة المفاجئة للزوج طالما أن التلقيح تم قبل الوفاة وليس بعدها ، خاصة وأن الزوج لم يتراجع عن رغبته قبل وفاته، إضافة إلى أن الرضا لا يشترط تجديده في مرحلة الزرع[2].

ب- إن محاولات الزرع ونجاح العلوق قد تكلل بالفشل، مما يستوجب إعادة المحاولة عدة مرات، وقد يحدث أن يتوفى الزوج أثناء ذلك، لذلك فمن غير المعقول أن يتم حرمان الأرملة من الاستمرار في المحاولة، طالما أن الأمر متعلق بالمشروع الأسري الأصلي الموجود فعلا والناتج عن الاتفاق الصريح والمشترك بينها وبين زوجها، قبل وفاته، خاصة وأن فقدان الزوج لا يحول دون تمتعها بحقوقها على الأجنة. حيث أن حقوق كلا الزوجين اتجاه الأجنة على قدم المساواة- فإذا توفي أحدهما، فإن ذلك لن يعتبر مانعا من ممارسة الطرف المتبقي منهما لحقوقه على هذه الأجنة[3].

ج- أنه من غير المنطقي أن يعتبر تخلي الأرملة عن الأجنة مسألة مقبولة عدولها عن المشروع الأسري، في حين يعد تمسكها بأجنتها بغية الزرع، أي تمسكها برضاها الذي تم التعبير عنه مسبقا وبرغبتها في الأمومة، أمرا غير مستساغ ولا مقبول[4].

د- يعتبر السماح بزرع الأجنة في رحم الزوجة بعد وفاة زوجها أفضل وأنجح ضمان لاستمرارية هذه الأجنة ونموها داخل الرحم، في حين أن رفض ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار هذه الأجنة، وهو ما يعتبر تصرفا مخالفا لإرادة الزوجة المعبر عنها مرتين، عند بداية المشروع الإنجابي، وبعد وفاة زوجها حين إبداء رغبتها في التمسك بالأجنة وزرعها، إنه خرق لحقها في تقرير مآل هذه الأجنة، بإرغامها على الاختيار بين منح الأجنة لزوجين آخرين[5]، وتحويلها للأبحاث أو وقف تجميدها وإتلافها وبالتالي تركها لتموت ببطء.

إن من يملك الأكثر يملك الأقل، فكيف تملك الأرملة التبرع بأجنتها للغير في حين لا يحق لها زرعها في رحمها، من حق غيرها أن ينعم بفرصة زرع أجنتها وإنجابهم، ولا يحق لها هي[6]!

هـ- إن رفض تسليم الأجنة للأرملة بغرض زرعها، قد يؤزم حالتها النفسية أكثر فأكثر وستكون بذلك الصدمة بالنسبة إليها مزدوجة، من جهة

فقدان زوجها والذي بدأت معه مشروع الإنجاب، ومن جهة أخرى رفض طلبها لاستكمال ما بدأته مع فقيدها وبالتالي المساهمة وبشكل مباشر في زيادة حزنها وألمها، في حين أن منحها فرصة لزرع أجنتها يمثل تخفيفا لها مما تعانيه[7].

و- إن إنجاب طفل يتيم، لن يؤثر على مصلحته، طالما أن أمه متمسكة به. حيث أن الأطفال الذين تم إنجابهم جراء زرع بعد وفاة الأب، يعلمون أنه كان لديهم أب، يعرفون أنه تم التمسك بهم، أنهم رغب فيهم، وأكثر من ذلك لن يغير في الأمر شيء إن توفي الأب قبل الزرع أو بعده، أثناء فترة الحمل[8].

ومن مؤيدي الزرع بعد الوفاة، مجلس الدولة الفرنسي، والذي يرى أنه يمكن اعتبار طلب الأرملة بأنه رغبة ملحة منها لمواصلة المشروع الإنجابي، خاصة وأن هذا الأخير هو حصيلة اتفاق مشترك بين الطرفين فلا مانع حسب المجلس المذكور أعلاه، من إتاحة الفرصة للأرملة لاستكمال ما بدأته مسبقا قبل وفاة شريكها، وكيف يعقل أنه يجوز لها استقبال أجنة غيرها لزرعها، في حين يرفض طلب زرعها لأجنتها، ثمرة تلقيح بويضتها بماء زوجها أثناء حياته وبرضاه.

ويضيف المجلس أن رفض الزرع بعد الوفاة، قياسا على رفض التلقيح بعد الوفاة، في غير محله، لوجود اختلافات أساسية بين المسألتين، حيث يتعلق الأمر في حالة التلقيح بمني مجمد ومحفوظ، وأن هذا الحفظ لن يؤدي حتما إلى تكوين جنين بشري، ومن ثم فرفض التلقيح بعد الوفاة لم ينجم عنه فقدان كائن بشري، في حين تعد مسألة الزرع أكثر تعقيدا طالما أن الأمر يتعلق بأجنة بشرية[9].

وهو نفس ما ذهبت إليه اللجنة الاستشارية للأخلاق في فرنسا، والتي تؤيد بدورها الزرع بعد الوفاة[10].

ولقد علق كل من المجلس واللجنة إمكانية الزرع بعد الوفاة على

الشروط التالية:

1- أن يعبر الزوج كتابيا عن رضاه وموافقته على مواصلة الزوجة للمشروع الأسري بمفردها في حالة وفاته.

2- أن تمنح الأرملة مهلة زمنية لا تقل عن 03 أشهر ولا تزيد عن السنة ابتداء من تاريخ الوفاة، لطلب استرجاع الأجنة وهي مهلة للتفكير والتقرير، بالنظر إلى الظروف التي تحيط بالأرملة جراء حزنها على فقدان شريكها، ومنحها فرصة التفكير سيمكنها من اتخاذ القرار المناسب بعيدا عن الضغوطات النفسية أو الاجتماعية.

في حين يجب أن يتم الزرع قبل انقضاء أجل 18 شهرا من تاريخ الوفاة، أما عن عدد المحاولات، فينبغي الاكتفاء بواحدة فقط، حيث تمنح الأرملة فرصة لمحاولة واحدة للزرع لا غير، غاية ما في الأمر تقريب تاريخ الميلاد المفترض للطفل من تاريخ وفاة والده قدر الإمكان، وبالتالي تجنب التباعد بين تاريخ الوفاة وتاريخ إنجاب الطفل[11].

3- إن السماح بالزرع من عدمه يتعلق خاصة بمصلحة الطفل المنتظر، ومن قبيل تفعيل هذه المصلحة تشكيل لجنة متخصصة تكلف بدراسة حالة بحالة، لتقرر قبول طلب الزرع أو رفضه بالنظر إلى بعض الإجراءات التي يجب إتباعها، أهمها جمع المعلومات عن الأرملة، مما يمكن من التأكد من ظروفها الاجتماعية وإمكانياتها المادية، وكذا حالتها النفسية[12].

4- أن يتم تعديل نصوص القانون المدني الفرنسي، بهدف التمكن من إلحاق نسب الطفل بأبيه ومن ثم القواعد المتعلقة بالنسب والميراث[13].

وفي ذات السياق جاء حكم محكمة ANGERS بتاريخ 10 نوفمبر 1992 ليدعم هذا الاتجاه، الحكم الذي ألحق بموجبه نسب طفل ناجم عن زرع بعد وفاة والده، إلى هذا الأخير، بالرغم من أنه ولد لمدة تزيد عن 300 يوم من تاريخ وفاة الزوج – الأب- رغم أنه وبموجب المادة 1/315 من القانون المدني الفرنسي فإن المولود في هذه الحالة يعتبر غير شرعي[14]،

حيث أن قرينة ثبوت النسب للأب لا تطبق في حالة المولود بعد أكثر من 300 يوم من تاريخ انحلال الزواج.

ولقد استندت المحكمة في ذلك إلى الحقيقة البيولوجية، مستبعدة تطبيق المادة المذكورة أعلاه، على أساس أن التلقيح ثم أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، ومع أن الحمل جاء متأخرا، إلا أن المتوفى هو فعلا الأب البيولوجي للجنين، وأنه مراعاة لمصلحة الطفل المولود تم استبعاد المادة 1/315 من القانون المدني الفرنسي[15].

وبالتالي إلحاق نسب المولود بأبيه رغم أن الزرع تم بعد الوفاة.

II- الاتجاه المعارض للزرع بعد الوفاة:

والذي يتزعمه كل من المشرع الألماني، الإيطالي[16]، سنة 2004 الفرنسي وكذا الجزائري اقتناعا من جانبهم بغالبية الحجج التي استند إليها الفقه الرافض لهذه المسألة، والتي تتلخص في ضرورة توفر الوسط الأسري أي البيئة العائلية المستقرة للإقدام على إنجاب طفل من خلال الاستعانة بتقنية التلقيح الخارجي.

وطالما كان كذلك فإن غياب تلك البيئة لسبب أو لآخر يعد مانعا من تحقيق الرغبة المنشودة لدى الزوجة في ظل غياب الزوج.

ورغم أن المشرع الفرنسي لم يبد موقفا صريحا اتجاه الزرع بعد الوفاة، إلا أن رفضه لتلك المسألة يتجلى من خلال نص المادة 2/152 الفقرة 04 من القانون رقم 94-654[17]، والذي يشترط أن يكون كل من الرجل والمرأة المشكلين للزوج، على قيد الحياة[18].

وبذلك وضع المشرع الفرنسي حدا للتردد القضائي بشأن مسألة استرداد الأجنة البشرية المحفوظة من طرف الزوجة بعد وفاة زوجها.

وهو الموقف الذي ظل متمسكا به بعد إصداره للقانون رقم 2004-800 المتعلق بالأخلاقيات الإحيائية[19]، رغم الانتقادات الموجهة إليه متجاهلا بذلك الاقتراح المقدم إليه من طرف كل من مجلس الدولة واللجنة الوطنية

الاستشارية وهو ما يتجلى هذه المرة صراحة من خلال المادة 2/2141 الفقرة 03 من القانون السالف الذكر، والتي تشترط أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة، وتضيف أو وفاة أحدهما يمثل عائقا يحول دون إتمام عملية الزرع في الرحم[20]. حيث أن المشرع الفرنسي يعتبر وفاة أحد الزوجين عدولا عن إتمام المشروع الأسري الإنجابي، رغم أنه عدول قهري، ولما كان كذلك لا يجوز الزرع طالما أن:

1- العلاقة الزوجية بين الزوجين انتهت.

2- العلاقة بين الزوجين وبين مركز التلقيح والحفظ قد انتهت كذلك.

إنه ذات الاتجاه الذي استقر عليه غالبية القضاء الفرنسي وهو ما يتجلى من الأحكام التالي بيانها:

1- حكم محكمة RENNES بتاريخ 1993/06/30 والذي رفض بموجبه طلب المدعية بالزرع بعد وفاة زوجها، رغم أن تأخر الزرع كان سببه تباطؤ المركز المعالج في إتمامه أثناء حياة الزوج، إلا أن وفاة هذا الأخير سنة 1992 في حادث مرور، لم تمنع أرملته من طلب استرداد الأجنة بغرض زرعها واستكمال المشروع الأسري، الطلب الذي رفضه المركز مما دفع بها إلى اللجوء إلى القضاء.

ورغم الطعن بالنقض أمام محكمة النقض، إلا أن هذه الأخيرة رفضته على أساس أن "الهدف من اللجوء إلى التلقيح الصناعي هو إنجاب طفل في ظل أسرة مكونة من زوجين على قيد الحياة، الأمر الذي يمنع من الاستفادة من تلك الممارسة وكذا من استكمالها – الزرع - في حالة تفكك هذه الأسرة إثر وفاة الزوج قبل إتمام الزرع"[21].

2- حكم محكمة الاستئناف Toulouse سنة 1994 والذي رفض طلب ROMANGERO Mary بالزرع بعد الوفاة، استنادا إلى أن الهدف من الزرع هو الإنجاب للتغلب على مشكل نقص الخصوبة لدى الزوجين أو لدى أحدهما، وبانعدام هذا المبرر بوفاة الزوج، لا يمكن قبول الزرع لإتمام تلك

الرغبة لدى الأرملة منفردة[22].

3- حكم محكمة النقض بتاريخ 09-01-1996 القاضي برفض طلب الأرملة Maria PIRES بزرع الأجنة بعد وفاة زوجها.

وتتلخص الوقائع في خضوع الزوجين Pirés لعملية التلقيح في أنبوب الاختبار باءت كل محاولات الزرع بشأنها بالفـشل وطيلة سنوات عديدة من سنة 1984 إلى غاية نوفمبر 1990، وبتاريخ 1990/12/10 توفي الزوج الأمر الذي لم يمنع أرملته Mary من المطالبة باسترجاع الأجنة بغية زرعها، غير أن رفض مركز الحفظ لطلبها دفع بها إلى المطالبة عن طريق قضاء المحكمة الابتدائية لـ Toulouse، المحكمة التي رفضت الطلب بتاريخ 11-05-1993 مستندة في ذلك إلى الحجج التالية:

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

2- إن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب تستدعي وجود الحاجة الداعية، والتي تتمثل في القضاء على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب الطبيعي، وهو ما يفترض تحرير الرضا الصريح والواضح من قبل الزوجين معا، وباعتبار أن الإنجاب الطبيعي يقتضي اتفاق شخصين واشتراكهما في تحقيقه، فإن الإنجاب الصناعي يجب أن يكون هو الآخر محل اتفاق مشترك بين الزوجين، ولا يمكنه أن يتوقف على إرادة طرف واحد.

إلا أن المدعية لم تتقبل حكم المحكمة الابتدائية، مما دفع بها إلى الاستئناف والذي رفض بدوره بتاريخ 18-04-94، حيث تم تأييد الحكم المستأنف، ذات التأييد قررته الغرفة المدنية I المحكمة النقض، رافضة بذلك طلب الطاعنة بتاريخ 09-01-96 كما سلف الذكر.[23]

4- حكم المحكمة الابتدائية لـ Rennes بتاريخ 15-10-2009 القاضي برفض طلب السيدة Fabienne Justel 40 سنة -باستعادة العينات

المحفوظة من قبل زوجها بغية إجراء التلقيح والزرع بعد وفاته، وذلك في إسبانيا، طالما أن تشريعها يبيح ذلك في حين يرفض القانون الفرنسي ذلك.

وبعد الاستئناف أكدت محكمة الاستئناف بتاريخ 22-06-2010 حكم المحكمة الابتدائية استنادا إلى أن التشريع الفرنسي يمنع التلقيح والزرع بعد الوفاة ولو تم ذلك في الخارج.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد استقر على رفض الزرع بعد الوفاة، مؤيدا بذلك موقف المشرع الفرنسي وممارسا لنصوصه، المشرع الذي عبر عن رأيه صراحة، في حين لم يفعل نظيره الجزائري ذلك، إلا أن موقف هذا الأخير يستنتج ضمنيا من نص المادة 45 مكرر /2 من الأمر رقم05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، والتي يشترط بموجبه "... أن يتم التلقيح برضا الزوجين، وأثناء حياتهما ...". معتمدا بذلك الرأي الغالب في الفقه الإسلامي قاصدا بذلك جميع مراحل التلقيح الصناعي إلى أن يتم الزرع في الرحم، مخاطبا كلا الزوجين وليس أحدهما فقط دون الآخر، خاصة وأن التجميد قد فرض وضعية قد تطول فيها المدة الزمنية بين التلقيح والزرع، وبذلك لا يجوز الزرع لانتهاء العلاقة الزوجية بالوفاة، حيث سيتحقق العلوق، إذا تم الزرع، بعد انحلال الرابطة الزوجية، مما سيحول دون إلحاق نسب الطفل بأبيه، بل وسيعتبر الزرع حينئذ مصدرا للنسب غير الشرعي لأن الجنين حتى يأخذ وصف "الحمل" حسب قانون الأسرة الجزائري لابد أن يتم زرعه أثناء قيام العلاقة الزوجية لا بعد انحلالها، مما يشكل فرقا للحد الأقصى للحمل والمحدد بـ 10 أشهر من تاريخ الوفاة حسب المادة 42 من القانون السالف الذكر.

وكذا المادة 43 والتي تنص على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ .... الوفاة".

وبالتالي لا يجوز وفقا للتشريع الجزائري الزرع بعد وفاة الزوج، والقول بغير ذلك سينجم عنه مشاكل قانونية شتى أهمها ما يتعلق بالميراث، حيث

تشترط المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري لاستحقاق الميراث، أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة.

وهو ما لا يتحقق في حالة الزرع بعد الوفاة طالما أن الحمل قد يتحقق بعد وفاة المورث.

ثانيا: الزرع بعد وفاة الزوجة:

قد يطالب الزوج المتبقي على قيد الحياة باسترداد الأجنة، بغية زرعها في رحم زوجة أخرى، طالما أنه ما من أحد ينازعه على الاسـترداد، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الانفصال أو الشقاق، خاصة في حالة عدم قدرته على الإنجاب مجددا، مما يدفع به إلى التمسك بالأجنة ومن ثم مواصلة المشروع الأسري الإنجابي الذي بدأه مع شريكته المـتوفية، الوضع الذي يتحتم بموجبه على الزوجة الثانية أو الجديدة، قبول زرع تلك الأجنة في رحمها في ظل غياب أي فرصة للإنجاب منه.

الحالة التي يطلق عليها الفقه عبارة "إعارة الرحم" لتمييزها عن مسألة تأجير الرحم لتمييزها عن مسألة تأجير الرحم.

حيث لم تعد عملية الإنجاب شديدة الخصوصية بين الزوجين فحسب، بل امتدت أيادي الغير لتساعد على تحقيق رغبة التكاثر لديهما، ومن ذلك أن تتدخل زوجة أخرى لتحمل أجنة زوجها من زوجته الأولى، والتي وافتها المنية، ومن ثم اقتصار دور الزوجة الثانية على الحمل والولادة طالما أن الأجنة غريبة عنها من الناحية البيولوجية[24]، وبالتالي تحقق الأمومة لديها ولو من الناحية القانونية فقط، خاصة وأنها لن تضطر إلى التنازل عنه لغيرها، كما في حالة الأم البديلة، بل ستقوم على تربيته ورعايته.

فهل يجوز ذلك؟ وما موقف كل من الفقه الإسلامي المشرعين الفرنسي والجزائري من هذه المسألة؟

لقد انقسمت الآراء كعادتها إلى قسمين كما سيلي توضيحه.

I- الجانب المجيز: وعلى رأسهم الشيخ ابن العثيمين ويروي تفاصيل

ذلك الدكتور مصطفى الزرقا، يقول رحمه الله: "... الشيخ ابن العثيمين هو الذي طرح حالة الضرتين، وقال: "نحن في المجتمع الإسلامي لدينا طريق وهو تعدد الزوجات، فيا ترى لو أن إحدى الزوجتين مستأصل رحمها أو معطل ومبيضها سليم في حين أن رحم ضرتها سليم ، فهل يمكن أن يزرع الجنين، بعد تلقيح بويضة الزوجة الأولى بماء زوجهما، في رحم ضرتها". بحث المجمع هذه النقطة ورأى أنها مبدئيا لا مانع منها باعتبار أن الاثنتين زوجتان لرجل واحد.

وهنا تطرق بالمناسبة وبحكم الضرورة إلى نتيجة الولد ونسبه، فقرر المجمع أنه في هذه الحالة إذا تم الحمل وولدت الضرة، يكون نسب الولد لصاحبة البويضة، وتكون الزوجة التي حملت وولدت أما مرضعة وتم ذلك بالإجماع.

وذلك لأسانيد عديدة، من بينها:

1- إن القرآن الكريم قد اهتم بالعوامل البيولوجية كأساس لثبوت النسب، حيث ذكر في أكثر من موضع، أن الأصل في الإنسان النطفة، وأنها أساس تكوينه. كما في قوله تعالى: ﴿ ... خَلَقَ الإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ ﴾[25]. وقوله: ﴿... فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ...﴾[26]، وقوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ... ﴾[27]، أكدت هذه الآيات وغيرها أن الإنسان خلق من نطفة، ونقل بعدها أطوارا، إلى أن ولد ونشأ، مما يدل على أن الولد بنسب لصاحبة البويضة التي خصبت بماء زوجها وفقا للحقيقة البيولوجية التي ذكرها القرآن الكريم.

2- إن المرأة المتبرعة بالحمل لا يستفيد منها الولد غير الغذاء، فأشبه ما

يكون بطفل تغذى من غير أمه.

3- بالقياس على الثمرة، فإن الثمرة بنت البذرة لا بنت الأرض، وهي وإن كانت تجهز البذرة لكل ما تحتاج إليه، إلا أنها لا دخل لها بنوع أو جنس النبات الذي سينمو فيها. وكذلك شكل الشجر بعد نموه وكبره، فينقل إلى مكان آخر، فتنسب الشجرة إلى البذرة وليس إلى التربة".

وهو ما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404هـ الموافق لسنة 1984م، مؤكدا على عدم اللجوء إلى هذا الأسلوب البديل إلا للضرورة القصوى وبمنتهى الحذر والاحتياط، وبالتالي جوازه للحاجة فقط[28].

II- الجانب الرافض: عارضت فئة من فقهاء المسلمين موقف مجمع الفقه لحمل أجنة الضرة، مما نجم عنه تراجع المجمع عن موقفه السابق، وذلك في العام اللاحق، خلال دورته الثامنة في الفترة ما بين 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى 1 1405هـ الموافق لـ 19 إلى 28 يناير 1985م معتبرا أن نقل الأجنة إلى رحم الضرة حرام، معتمدا في ذلك على مبدأ سد الذرائع، خاصة وأنها مسألة من شأنها إثارة الاضطراب والفوضى في تحديد الأنساب لجهة الأم[29].

إنه ما انتهى إليه كذلك مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف في جلسته المنعقدة بتاريخ 05 محرم 1422 الموافق لـ 30-03-2001 وذات الرأي صرح الدكتور محمد صالح في مؤلفه "الأرحام حصن لا يقتحم" الصادر سنة 2002، حيث أكد على عدم جواز الاستعانة برحم الزوجة الثانية بغية الإنجاب ولو كان الزوج أو الزوجة الثانية غير قادر الإنجاب مجددا[30].

أما الفقه القانوني ووفقا للآراء التي تم الإطلاع عليها متفق على عدم جواز هذا الأسلوب، لما يحمله من إفساد لمعنى الأمومة، والتي تتعلق

حسبهم بناحيتين:

1- الأمومة البيولوجية: والتي تثبت للأم صاحبة البويضة، بموجب صلة التكوين والوراثة.

2- الأمومة القانونية: والتي تعود للأم التي تحمل وتلد، على أساس صلة الرحم[31].

وبذلك اقتنع كل من المشرع الفرنسي، والجزائري بمنع هذا الأسلوب من الإنجاب، حيث يمنع حسب المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 اللجوء إلى أسلوب الأم البديلة، بالإضافة إلى اشتراطها أن يتم التلقيح بين الزوجين أثناء حياتهما، وبالتالي الاقتصار عليهما دون غيرهما، وطالما كان كذلك فإن وفاة أحد الزوجين يعتبر مانعا من الاستمرار في المشروع الأسري.

الخاتمة:

لقد أصاب كل من المشرع الفرنسي والجزائري في معارضتهما لمسألة الزرع بعد وفاة أحد الزوجين، سواء الزوج أو الزوجة. إنه أمر محسوم ومستبعد تماما طالما أن المشروع الأسري ثنائي الطرفين، لا يمكن بأي حال من الأحوال المضي فيه واستكماله في حال وفاة أحد الطرفين، طالما أنهما بدآه سويا هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن الحزن والألم على فقدان أحد الزوجين للآخر سيؤثر حتما على قرار المطالبة باستكمال المشروع، إنها الظروف التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار، والتي ستشكل وضعية يستحيل فيها اتخاذ القرار المناسب والذي يتعلق بمستقبل الطفل في ظل الغياب النهائي للأب أو الأم البيولوجية مما يستدعي رفض طلب الزرع حماية للزوج المتبقي على قيد

الحياة من إرادته محل التأثر بفقدان شريك حياته الرفض الذي سيتلاءم مع مصلحة الطفل في ألا يولد في مثل هذه الظروف.

إن الاعتراف بجواز الزرع بعد الوفاة تأييد لفكرة "الحق في طفل" أيا كانت الظروف والأوضاع، على حساب "حق الطفل في العيش في أسرته".

.الهوامش:

(1)Document du travail du sénat Série législations comparées n° 109, « l'accès à l'assistance médicale à la procréation », janvier 2009, www.Sérat.fr, p11.

(2)Jullien MARRACHELLA, Un désir d'enfant, le transfert d'embryons post mortem, centre de recherche et d'analyse juridique le 20-10-2009, www.CRAJ.fr.

(3)Document du travail n° 109, op-cit, p12.

(4)Rapport d'information sur la révision des lois de bioéthique n° 2235, Assemblé Nationale François, le 20-01-2010, p 35.

(5) وهو ما يسمى بالتبرع بالأجنة البشرية إلى زوجين آخرين.

(6) رضا عبد الحليم المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996، ص 134.

(7) مشار إليه لدى خدام هجيرة التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص 98.

(8)Rapport n° 2235, p 38.op.cit.

(9)Conseil d'état- Étude sur la révision des lois de Bioéthique Documentation Française, paris, 2009, p14.

(10)Comité consultative national d'éthique CCNE, Avis n°40 relative au transfert d'embryons post mortem le 17-12-1993, p 12.

(11)Conseil d'état, op-cit, p 47.

(12)Document du travail n° 109, p14, Rapport sur l'applicaion de loi de bioéthique n°94-654, Etude du sénat janvier, 1999,p 20.

(13)CCNE, Avis, n°40, op-cit, p13.

(14)Article 315 alinéa 1 : « la présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de trois cents jours après la disparition du mari … ».

(15) مذكور لدى خدام هجيرة السابق، ص 100، وأنظر كذلك .Conseil d'état, op-cit, p 48

(16)Document du travail n° 109, op-cit, p16, étude comparative de l'encadrement juridique internationale d'agence de la Biomédecine, ABM, octobre 2008.

(17)La loi de Bioéthique, n°94-654, du 29-07-1994.

(18)L'article 152/2 alinéa 04 : « l'homme et la femme formant le couple doivent êtres vivants .. … ».

(19)La loi de bioéthique n° 2004-800.

(20)L'article 2141/2 alinéa 03 : « l'homme et la ferme formant le couple doivent êtres vivants .. Font obstacle au … transfert des embryons le décès d'un membre du couple … ».

(21) رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص 111 وانظر كذلك:
jullien MARRACHELLA, op-cit.

(22) كريم زينب، التلقيح الصناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة النبوة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 06 لسنة 2005، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس.

(23) - Claude SUREAU- « Faut il détruire les enfants de maria et albino PIRES », paris- Stock, 2003, p31.

(24)-Frédérique DREIFUSS- NETTER- transfert d'embryons post mortem -Dalloz 1996, jurisprudence, p376,- Claude SUREAU-op-cit, p32.

(25) سورة النحل، الآية 4.

(26) سورة الحج، الآية 5.

(27) سورة غافر، الآية 67.

(28)- رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق، ص 112.

(29)- يوسف الضرت، قضايا طبية معاصرة، دار الفكر العربي، 2004، ص 23.

(30) أحمد أسعد عامر، استئجار الأرحام بين القانون والإسلام، مجلة الرأي السورية، بتاريخ 27-09-2010، وانظر مأمون عبد الكريم الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، لسنة 2006، ص 80.

(31) البار محمد علي التلقيح الصناعي، وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 02، الجزء I، 1407هـ - 1985م، ص 282.