ملامح القصور التشريعي في المادة 45 مكرر قانون الأسرة الجزائري
(دراسة مقارنة)

Les Aspect de Défectuosité législative dans l›article 45 bis du Code algérien de la famille (Etude comparé)

تاريخ إرسال المقال : 2018/01/06 تاريخ قبول المقال للنشر: 2018/02/19

د. أحمد داود رقية / جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

ملخص:

من المبادئ المستقرَّة في القانون الطبي، ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض قبل مباشرة العلاج، ويعتبر التلقيح الصناعي من العمليات المستحدثة في الطب، التي يشترط لإجرائها رضا الزوجين.

غير أن تدخل المشرع الجزائري من خلال المادة 45 مكرر من الأمر 05-02، المتضمن تعديل قانون الأسرة[1]، واعترافه بمكنة اللجوء إلى تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، من تم الاستفادة من أساليبها،لم يكن كافيا لضبط هذه الممارسة، من تمّ توجيه الممارسين لها وجهة الصواب، لاسيما وأن شبه الفراغ التشريعي من جهة، والانتشار الواسع لتلك التقنيات من جهة ثانية، يفتح الباب لاحتمالات الانحراف العلمي، مما يستدعي ضرورة تدارك هذا العجز والقصور.

الكلمات المفتاحية : المساعدة الطبية على الإنجاب، رضا الزوجين، القصور التشريعي، قانون الأسرة.

Résumé :

Le respect de l'autonomie des personnes, est l'un des principes éthiques fondamentaux en médecine.

La règle du consentement découle directement de ce principe, et elle fait partie intégrante des exigences qui s'appliquent à la AMP.

Toutefois, l'intervention du législateur algérien par l'article 45 bis du l'ordonnance 02-05, contenant la modification de la loi sur la famille, et sa confession de la

possibilité de recours aux techniques d'assistance médicale à procréation, du bénéfice de leurs méthodes, ne suffisait pas de contrôler cette pratique, d'autant plus que le vide législatif d'une part, le déploiement à grande échelle des techniques d'assistance médicale à procréation d'une autre part, ouvre la porte à la possibilité d'écart scientifique, qui appelle à la nécessité de remédier à ce déficit et lacunes.

Mots-clés : Assistance Médicale à la Procréation[2], le consentement des époux, Défectuosité législative, le code de la famille.

مقدمة :

يعتبر التلقيح الصناعي أحد أنواع الممارسات الطبية، التي يتم إجراؤها عبر عدة مراحل، فيتعين رضا الزوجين في كل مرحلة من مراحله، ابتداءً 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، إذ لا يكفي رضا الزوجين في مرحلة لانتقال الطبيب إلى أخرى[3]، فالرضا المتبادل للزوجين شرط أساسي في جميع صور التلقيح الصناعي، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، تعتبر استعانة بعض الأزواج بتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، بمختلف وسائلها وأساليبها[4] ظاهرة مستحدثة، هي في أمس الحاجة إلى أن توجه لها العناية في البحث، بغية ضبط مسارها وحفظها من مغبة الانحراف عن مقاصدها الطبية، مما دفع بالمشرع الجزائري بموجب المادة 45 مكرر من الأمر 05-02، المتضمن تعديل قانون الأسرة، إلى الاعتراف بمكنة اللجوء إلى تلك التقنيات، مواكبة منه للتطور العلمي الحاصل في مجال الإنجاب البشري، والتي أكد من خلالها على جملة من الشروط المتطلبة لذلك، أهمها ضرورة تعبير الزوجين عن رضاهما.

غير أن تدخله وبشأن شرط الرضا على وجه الخصوص، لم يكن كافيا لضبط هذه الممارسة، من تمّ توجيه الممارسين لها وجهة الصواب.

مما يدفع إلى طرح الإشكال التالي : **ما هي مظاهر القصور التشريعي في نص المادة 45 مكرر بخصوص شرط الرضا ؟** ما ستحاول هذه الدراسة الإجابة عنه من خلال المحاور التالية:

أولا : أوجه القصور بشأن ضوابط التعبير عن الرضا.

ثانيا : بعض الإشكالات القانونية المقترنة بالموافقة على اللجوء إلى التلقيح الصناعي.

أولا : أوجه القصور بشأن 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 إزاء الإقدام على التلقيح الصناعي، غير أن محاولته- وبشأن شرط الرضا على وجه الخصوص- لم تكن كافية لضبط هذه الممارسة[5]، مما يستدعي ضرورة تسليط الضوء على الضوابط المفروض توفرها بشأن موافقة الزوجين، وفقا لما سيلي توضيحه.

1- الإعلام والتبصير:

وذلك من ناحية إحاطة الزوجين بكل ظروف عملية التلقيح الصناعي وملابساتها وآثارها الحالية والمستقبلية، لكي يصدر رضاهما عن بيِّنة وتبصُّر وعلم كامل بهذه العملية ونتائجها[6]، ولتحقيق ذلك ذهب المشرّع الفرنسي إلى ضرورة إجراء مقابلة للزوجين الراغبين في التلقيح الصناعي مع فريق طبي متعدد التخصصات.

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 الاستفادة من أسلوب الإنجاب الطبي، والتي يجب إتمامها قبل البدء في الممارسة، بالإضافة إلى ضرورة تأكده من دوافع الأطراف المعنية بالمقابلة الطبية، أي طالبي التلقيح تحت طائلة المسؤولية[(7)].

لما 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 يتضح منه 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: حيثُ تكون إرادة كل منهما سليمة من كل عيوب الإرادة كالإكراه، سواءٌ أكان مادياً أم معنوياً، الغش وكذا التدليس والخداع[8]؛ لأنَّه من شأن توافر أحد هذه العيوب أن يجعل الرضا معيبا، بالتالي يفقد التلقيح الصناعي أحد أهم شروطه، فالإنجاب مشروع مشترك ورغبة متبادلة بين الزوجين، يجب أن يقدما عليه بإرادتهما الحرّة.

3- الموافقة السابقة الكتابية، الثنائية والمتجددة لبدء التلقيح.

أ- الموافقة السابقة: وأثناء الحياة الزوجية[9] 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، على أن يظلا 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.

أضف إلى ذلك أن الأبوَّة والأُمومة مسألة اختيارية وليست إجبارية، كما أن مصلحة الولد الذي هو نتاج هذه العملية تقتضي توافر هذا الشرط[10]، فإذا ما تمَّ 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، ممَّا يترتَّب على ذلك آثار نفسية واجتماعية سيئة على الطفل[11].

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 أسري، أي متعدد الأطراف، منها: القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي[12]، 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».

وكذا القانون الفرنسي رقم 2004-800 المتعلق بالأخلاقيات الحيوية[13] المعدّل والمتمم بمقتضى القانون رقم 2011-814[14]، بموجب المادة 2/2141 الفقرة 03[15].

ولقد أكد المشرع الجزائري بدوره، على رضا طرفي المشروع الأسري الإنجابي، بمقتضى المادة 2/45 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: تتَّفق كافة التشريعات على أن تكون موافقة الزوجين مكتوبة؛ للتأكُّد من صحة رضا الزوجين بعملية التلقيح الصناعي، وكونه قد تمَّ بعد تبصيرهما بكل تفاصيل هذه العملية ونتائجها[16].

فأمام الأهمية التي يكتسيها رضا الزوجين، فإنه يشترط إفراغه في شكل معين، لتتفطن الأطراف المعنية، إلى تبعات الإقدام على التلقيح الصناعي وتدرك محتواه[17].

ما ذهبت إليه جميع تشريعات الطب الإنجابي محل الدراسة، منها: النظام السعودي لوحدات إخصاب الأجنة وعلاج العقم لسنة 1424هـ الموافق لسنة 2004م[18]، 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 2/45 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، وللإطلاع 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، خاصة وأن تحقيق ذلك يتطلب غالبا 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، حيث التأكد 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 يقدرّما إذا كانت عملية التلقيح الصناعي، تتوافق مع قناعاته الشخصية وظروفه الاجتماعية أم لا، فالرضا المعلن عنه في هذا الشأن شخصي وصريح لا يكتنفه في غموض.

ويقع على عاتق 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 الأخر، فإنه يعرض نفسه للمساءلة المدنية والجزائية؛ لأن ذلك يعتبر مساسا بشرف الطرف الأخر وحصانة جسمه، وتكامله الجسدي وحريته الشخصية[19].

ثانيا : 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 الرضا، ما سيتم تسليط الضوء عليه بالقدر الكافي لبيانه.

1 - الأهلية وإشكالية المأذون لهم بالزواج:

يعتبر الرضا -كما سلف بيانه- من أهم الشروط اللازم توافرها بغية الاستعانة بتقنيات التلقيح الصناعي، بالتالي الأمر مرتبط كقاعدة عامة بأهلية الزواج، والتي حددها المشرع في المادة 7 الفقرة 1 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 توقف 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.

أضف 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[20].

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؟

يرى بعض الفقه 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[(21)].

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 6/09 من القانون الإماراتي رقم 11 لسنة 2008 المتعلق بأنشطة مراكز الإخصاب البشري[22] اللتان تشترطان الحضور الشخصي للزوجين المعنيين لإتمام التلقيح، مما يفترض أن غياب الزوج عن الحضور يعتبر عائقا يمنع إجراء الإخصاب[23].

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 [(24)].

3- حالة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية:

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

- ذهب **أحدهما** إلى القول، بعدم حرمان المحكوم عليه في مثل هذه الحالة، من حقه في الإنجاب، باعتبارهذا الأخيرمن 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 ن 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 03 أشهر مرة كل شهر[25].

يضيف 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[(26)].

- 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 يعتبرمانعا من إجراء عملية التلقيح الصناعي، خاصة وأنه استثناء لا يجوز التوسع فيه[(27)].

ما اقتنع به كل من المشرع التونسي، من خلال الفصل 05 من القانون رقم 93 لسنة 2001، والإماراتي بمقتضى المادة 6/9 من القانون رقم 11 لسنة 2001، كما سلف بيانه.

يترجح 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 التفكيربمصالح 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 [28].

- من مصلحة المولود ألا يتم إنجابه في مثل هذه الظروف، ما عللت به المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان رفضها بتاريخ 18 أبريل 2006، لطلب استرجاع النطف المحفوظة بهدف التلقيح، طالما أن الزوج محكوم مؤبد [29].

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 فيها.

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 أولهما التراجع عن إتمام بقية المراحل بعد نجاح الإخصاب فعلا وبعد أن قدما موافقته أو 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 الآخر في تحقيق كلية من الكليات الخمس وهي حفظ النسل، عن طريق تحقيق هذا الغرض الجوهري من أغراض الزواج.

من 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 العقوبات[30] 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[31].

كما يعتبر عدم إقدام الزوج على العملية أصلا ودون مبرر مقنع، تعسفا، ذلك أن الإنجاب من الأغراض 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 الفقه، 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[32].

في حين أن عملية التلقيح الصناعي تتطلب الرضا، 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[33]، حيث أن الرضا يبقى دائما هو الركن المعول عليه في التوافق الأسري.

وهو ما اقتنع به المشرع البريطاني الذي يمكن الأزواج، من التراجع صراحة عن المشروع الأسري، بتقديم طلب بذلك، بموجب نص المادة 08/2 من الملحق الثالث للقانون رقم 37 المؤرخ في 01-11-1990، المتعلق بعمليات الإخصاب وعلم الأجنة البشرية المعدّل والمتمّم[34].

الموقف الذي أيدته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، سنة 2007 بشأن قضية N.EVANS، التي لجأت إلى القضاء 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 وألغى 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...».

من ثم فإن حق «J» 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 [35].

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 J. DAVIS، بشأن رغبتها Mary في مواصلة مراحل التلقيح الصناعي، في حين عدل Junior عن رضائه، بخصوص رغبته في الإنجاب من طليقته.

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 يحق له العدول عن المشروع الإنجابي الذي بدأه مع Mary سابقا» [36].

- قضية A.Z ضد B.Z، حيث قررت المحكمة العليا لولاية Massachusetts أنه: «...يحق لـB العدول عن رضائه حيث أن الإقدام على الإنجاب مسألة لا يمكن تنفيذها قضائيا....وأنه يجب إعطاء الأولوية لحرية الاختيار الشخصي والفردي في مسائل الزواج والحياة الأسرية، بالتالي تفضيل قرار الزوج واختياره العدول ، بدل إلزامه باتفاق إرادي سابق عن طريق القضاء» [37].

- 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 [38].

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 2/2141 الفقرة 03 من القانون رقم 2004-800[39]، حين يعتبر أن العدول الكتابي مانع يحول 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 3/11 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، حيث يفقد الرضا حينئذ أحد ركيزتيه الأساسيتين، فتعدو كل موافقة معدومة القيمة والأثر، حيث لا عبرة بالقرار الانفرادي، خاصة وأن كلا الزوجين على قيد الحياة[40].

الخاتمة:

لم يتطرق المشرع الجزائري وعلى عكس الكثير من التشريعات محل الدراسة، للأحكام القانونية التي تنظم عملية التلقيح الصناعي، رغم أن هذه العمليات قائمة وهي تجرى في بلادنا بشكل عادي، بل أكثر من ذلك أصبحت حقيقة حتمية لا يمكن إلا الاهتمام بها، وهو ما يؤكده النجاح الباهر الذي يحققه الأطباء في هذا المجال، وخاصة ما يتعلق بأطفال الأنابيب، وكذا رغبة المواطنين في إجراء مثل هذه العمليات بما يناسب المبادئ الراسخة في المجتمع الجزائري، وبما لا يتعارض مع القواعد الثابتة في الشريعة الإسلامية[41].

مما يستدعي ضرورة تدارك المشرع الجزائري، لهذا العجز والقصور في التشريعات القائمة، وإصدار تشريعات أخرى تشمل الميادين الأخرى، التي لم يتعرض لها بعد– الإنجاب البشري المساعد، على وجه الخصوص -، واضعاً في الحسبان، التوفيق بين متطلبات تقدم العلوم الطبية في ظل القيم الراسخة في المجتمع الجزائري .

الهوامش:

1 المؤرخ في 2005-02-27 ، ج.ر عدد 15 بتاريخ 2005-02-27.

2 AMP: Assistance Médicale à la Procréation.

3 سيف إبراهيم المصاروة، رضا الزوجين بإجراء التلقيح الصناعي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد42، العدد 2 سنة 2015، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، ص 504.

4 يعرفها د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، بأنه: «عملية الإدخال الطبي لماء الرجل في موضع المعد له في المرأة، لضرورة علاجية، دون حدوث اتصال جنسي بينهما.»، انظر مؤلفه: النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996، ص 13.

5 أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري – دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014- 2015، ص 149.

6 الصالحي شوقي زكريا، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، 2001 م، ص 39 و40

7 تشوار جيلالي/ رضا الزوجين على التلقيح الصناعي م.ع.ق.إ، ع 04، 2006، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص 63.

8 سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعملتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 92.

9 فلا يجوز المطالبة بالتلقيح الاصطناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية سواء بوفاة أحد الزوجين أو طلاق حيث لا يعتد برضا إلا إذا كان على قيد الحياة وقت البدء في عملية التلقيح، أما إذا وافق على التلقيح ثم توفي مباشرة وقبل البدء فإنه يمنع التلقيح في هذه الحالة، لأن المادة كانت صريحة في ذلك حيث نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 45 مكرر ق أج بقولها: «أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما»، وذلك لأن المادة 41 من ذات القانون تشترط من أجل انتساب الولد لأبيه على إمكانية الاتصال بين الزوجين، بحيث إذا وقع التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج فلا صلة ولا تلاقي بينهما كون أن العلاقة الزوجية قد انتهت مثلما هو عليه في حالة الطلاق، كما لا يكون رضا الزوجين صحيحا إلا إذا انصب اتفاقهما على أن يتم التلقيح بمائهما، ومن ثم فالتلقيح بماء غير الزوجين غير مشروع أيا كانت صورته.

10 سيف إبراهيم المصاروة، المرجع السابق، ص 504.

11حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط 1، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2006، ص 188.

12 المؤرخ في 2001/08/07 ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 63 لسنة 2001.

13 Loi de bioéthique n° 800-2004, du 06 Août 2004.

14 Loi n° 2011-214 du 07-07-2011 relative à la bioéthique, J.O n° 157 du 08/07/2011.

15 Art 2141/2 alinéa 03 : « l'homme et la femme formant le couple ... consentant préalablement .. à l'insémination ... ».

16 سيف إبراهيم المصاروة، المرجع السابق، ص 505.

17 تشوار جيلالي/ المرجع السابق، ص 53.

18 المؤرخ في 21 ذي القعدة 1424هـ المرسوم الملكي رقم (م/76)، جريدة أم القرى، عدد 4024 لسنة 1425هـ-2005م.

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 ، ص210.

20 تشوار جيلالي/ المرجع السابق، ص 56 وما يليها.

21 راجع تشوار جيلالي/ المرجع السابق، ص 64.

22 المؤرخ في 2008/12/16، ج.ر عدد 488 لسنة 2008.

23 أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص 155.

24 مشار لدى أيمن مصطفى الجمل/ مدى مشروعية إستخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 145.

25 أنظر علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، دار النهضة العربية،مصر، 1991، ص 11 وما يليها،وكذا أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، القانون الجنائي والطب الحديث، ط 1، دار النهضة العربية، 1995، ص 59 وما يليها.

26 نقلا عن أميرة عدلي/ الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر، مصر، 2005، ص 70.

27 مشار لدى أميرة عدلي / المرجع نفسه، ص 150.

28 مشارلدى أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص146.

29 خدام هجيرة ، التلقيح الصناعي- دراسة مقارنة- ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،2005، ص 59.

30 الأمررقم 156/66، المؤرخ في 08 يونيو1966م، المتضمن قانون العقوبات ج.ر.ج.ج.ع49 سنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14 المؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435هـ الموافق ل04 فبراير2014، ج.ر.ع 07 سنة 2014.

31 يراجع بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014، ص 211.

32 النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2001، ص 119.

33 النحوي سليمان، المرجع السابق، ص 69.

34 Humain Fertilation and embryologie Act.

35 هشام العناني/'محكمة أوربية، لا يحق للمرأة منفردة استخدام الأجنة»، مقال بتاريخ 16-08-2006، الموقع الالكتروني:

www.khosoba.com

36 Jennifer MERCHAUT/ Féminismes américains et droit de la procréation, Revue le mouvement social, n°203, février 2003, pp 66, 67.

37 Jennifer MERCHAUT / op.cit, p80.

38 Jennifer MERCHAUT/ op.cit, p82.

39 Art 2141/$_2$ 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 œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

40 أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص 160.

41 النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2001، ص 44.