أثر الوسائل الطبية الحديثة في عملية الإنجاب على نسب المولود

The impact of modern medical methods in the process of reproduction on the proportions of the newborn

تاريخ الارسال: 2019/08/26	تاريخ القبول: 2020/06/07	تاريخ النشر: 2020/06/30

*ط.د. ضيف نوال
جامعة باجي مختار- عنابة
عضو بمخبر الدراسات القانونية المغاربية
naouel23dhif@gmail.com

أ.د. دلول الطاهر
جامعة العربي التبسي - تبسة
. delloul_tahar@yahoo.fr

ملخص :

إن الطرق الحديثة في عملية الإنجاب ساهمت بشكل كبير في حل مشكلة العقم وما ينجم عنها من مشكلات نفسية و أسرية تعود بالسلب على الزوجين ، غير أنها تخلق في بعض الأحيان مشاكل خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسألة النسب ، هذه الرابطة التي حمتها الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية بتشريع عقد الزواج .

ونحن في هذه الدراسة سنحاول معرفة أهم الطرق المستحدثة في عملية الإنجاب و الضوابط الشرعية والقانونية المتعلقة بها ، كما سنسلط الضوء على نسب المولود بهذه التقنيات .

الكلمات المفتاحية : الإنجاب ؛ العقم ؛ التلقيح الاصطناعي ؛ نقل وزرع الغدد و الأعضاء التناسلية ؛ النسب .

Abstract:

The modern practices in which the procreative process has greatly contributed to solving the problem of sterility and the resulting psychological and family problems that are negatively affecting the couple.

***المؤلف المرسل :** ضيف نوال

However, they sometimes create specific problems when it comes to the issue of affiliation, which is protected by sharia (Islamic law) and the secular legislation on marriage contract legislation.

In this study, we will try to find out the most important ways to develop the procreative process and the most important sharia and legal regulations concerning it. We will also shed light on the birth affiliation of these techniques.

Keywords: procreation ; infertility ; artificial insemination ; surrogacy-transplantation of glands and genitals ; affiliation.

مقدمة:

اهتمت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بالأسرة كونها اللبنة الأولى في المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد ، لذلك شرع الله تعالى الزواج كرابطة مقدسة ووسيلة لبقاء النوع الإنساني بإنجاب الأولاد ، فالحصول عليهم فطرة فطر الله الناس عليها وبثها غريزة فيهم وجعل الأولاد زينة الحياة الدنيا ولكن غاية الإنجاب هاته قد تحول دون تحقيقها بعض الأمراض ، فسعى الإنسان عن طريق التطور التكنولوجي والعلمي في مجال الطب لإيجاد حل لمشكلات العقم والحالات المرضية التي تمنع الإنجاب أو تأخره ، فظهرت العديد من العمليات الطبية كالتلقيح الاصطناعي و إجارة الرحم و زرع الغدد والأعضاء التناسلية ، التي من شأنها المساس برابطة النسب في حالة ما إذا تركت دون قيود وضوابط تحكمها .

فالنسب رابطة سامية جعلها الله نعمة من النعم التي منى الله بها على عباده ولم يجعلها عرضة للأهواء قال الله جل من قائل : **"وهَوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا "** – سورة الفرقان الآية 54- ، وهو كذلك أحد أركان مقاصد الشريعة الخمسة لذا أحاطتها بحصانة كبيرة حتى لا تضيع أو تتضرر .

وتكمن أهمية الدراسة لهذا الموضوع في اعتباره من أهم المواضيع المستحدثة في الحقل القانوني لما أثارته من نزاعات أمام القسم الجزائي و قسم شؤون الأسرة بالمحكمة .

و لأجل ذلك ضمنت التشريعات الوضعية في قوانينها نصوصا تنظم النسب باعتباره الأساس الأقوى الذي تقوم عليه الأسرة .

ونحن في هذه الورقة البحثية سنحاول معرفة الحماية التي انتهجها المشرع لحفظ النسب في ظل التطورات التي جاء بها الطب الحديث وذلك بإتباعنا للمنهج التحليلي من خلال الإجابة على الإشكالية التالية : " كيف تجسدت حماية المشرع للنسب في ظل التطورات الطبية المستحدثة في عملية الإنجاب ؟ وما تأثير تلك الوسائل على نسب المولود بهذه التقنيات ؟ ".

المبحث الأول : الضوابط التشريعية لاستخدام الوسائل الطبية المستحدثة في الإنجاب

إن الاكتشافات الطبية الحديثة و إن تعلقت بحياة الإنسان ووجوده وسعادته ، إلا أنها ما برحت تمسه في إنسانيته نتيجة لخروج بعض الممارسين عن الإطار الشرعي والقانوني المحدد لممارسة هذه التقنيات مما استدعى تدخل فقهاء الشريعة والقانون لوضع ترسانة من الأحكام التشريعية لتنظيم اللجوء إلى هذا النوع من وسائل الإنجاب . وعليه سنبين من خلال هذا المبحث الضوابط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي في المطلب الأول و نتناول في المطلب الثاني تجريم إجارة الرحم ، ونتطرق إلى الأحكام الشرعية و القانونية لعمليتي نقل وزرع الغدد و الأعضاء التناسلية في مطلب ثالث .

المطلب الأول : الضوابط القانونية لعملية التلقيح الاصطناعي

ولقد أجازت جل التشريعات هذه الوسيلة في الإنجاب ولكن بشرط توافر جملة من الضوابط و الإجراءات القانونية . والتي سنقوم بشرحها في الفرع الثاني بعد التطرق لأنواع التلقيح الاصطناعي في الفرع الأول .

الفرع الأول : أنواع التلقيح الاصطناعي

ينقسم التلقيح الاصطناعي بحسب الموضع الذي يتم فيه التخصيب أي التقاء النطفة بالبويضة إلى تلقيح داخلي و خارجي .

أولا : التلقيح الداخلي

يقصد بالتلقيح الداخلي إدخال السائل المنوي للزوج في المكان المناسب من المهبل سواء كان طازجا أو مجمدا[1] بعد أن يركز و تزال عنه الشوائب [2] عن طريق وضعه في إناء نظيف معقم غير مبلل بالماء. حيث يسحق بمحقن خاص ليزرق في فوهة عنق الرحم ، ليلتقي بعدها بالبويضة ومن ثم تتابع رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها ، كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي[3]، بعد التأكد من اليوم المناسب للتبييض، و يستطيع أن يحدد الطبيب هذا اليوم بمراقبة حرارة المرأة طيلة الشهر و مراقبة دوراتها الطمثية لثلاثة أشهر سابقة للعملية، أو بوضع أوراق ملونة على عنق الرحم للتأكد من وجود السكر أي انطلاق البويضة[4]و هذا النوع من التلقيح يعتبر الأسلوب الأول ظهورا في تقنية الإخصاب الصناعي،و في الغالب يلجأ إليه في حالة كون سبب العقم مستحكم في الزوج دون الزوجة،إذ امتنع من إيصال مائه إلى الموضع الأصلي للإخصاب بالطريق الطبيعي للتكاثر [5]،ويتم الإلقاح إما في عنق الرحم و هو الأسهل و يمكن استخدامه في المنزل كتلقيح ذاتي دون الحاجة إلى مساعدة طبية، حيث يتم حقن السائل المنوي في الليلة السابقة للتبويض في مهبل الرحم أو عنقه ليلتقي الحيوان الذكري بالبويضة التقاء طبيعيا ليتم الإخصاب داخل رحم الأنثى[6].

و قد يتم حقن السائل المنوي داخل الرحم و تمر عملية التلقيح على مراحل حيث تكون المرحلة الأولى في فصل الحيوانات المنوية السريعة عن الحيوانات المنوية البطيئة أو غير المتحركة عن طريق غسلها و تركيزها، ثم يتم في الخطوة الموالية إدخال هذه الحيوانات المنوية السريعة المغسولة و المركزة مباشرة إلى داخل الرحم في اليوم الذي يكون فيه المبيض قد أنتج بويضة واحدة أو أكثر ليتم تلقيحها[7].

ثانيا : التلقيح الخارجي

و هو جمع الحيوانات المنوية مع البويضات في أنبوب مختبري في وسط مهيأ اصطناعيا[8]،و بعد أن يحدث التلقيح و حدوث الانقسام المناسب و بعد اجتماع المني بالبويضة[9] تعاد البويضة الملقحة إلى داخل الرحم لتلتقي الحيوان المنوي[10]، حيث يتم تعشعش الأمشاج في الجدار المبطن لرحم الأم، و يستمر الحمل إذا كللت العملية بالنجاح حتى موعد الولادة، و سمي التلقيح خارجيا لأن التلقيح يتم خارج الرحم و سميت هذه الحالة بطفل الأنبوب، لأن التلقيح يتم في أنبوب اختبار، و يرى بعض الأطباء أن الأنبوب أصبح البديل المستعمل له الأن هو الطبق فكان الأولى أن يتحول إلى هذا اللقب "طفل الطبق" [11]و كانت الطفلة "لويزا براون" هي أول مولودة عن طريق هذا النوع من التلقيح الاصطناعي بواسطة العملية التي قام بها العالمان (ستبتو و إدواردر) سنة 1971 [12] والتلقيح الخارجي له صور عديدة،و لكل صورة حكمها الشرعي الذي يناسبها[13] ، وهذه الصور تتلخص فيما يلي :

- إذا كانت البويضة من الزوجة و الحيوان المنوي من الزوج و الحمل داخل رحم الزوجة، و في هذه الحالة تؤخذ بويضة الزوجة التي لا تحمل و تلقح بمني زوجها خارج رحمها و بعد الإخصاب و التفاعل بين البويضة و النطفة، تعاد البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة مرة أخرى و هذا الأسلوب يلجأ إليه عندما تكون الزوجة عقيما بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضها و رحمها (قناة فالوب)[14]. أما من الناحية الشرعية فإن هذا النوع من التلقيح مباح بتحفظ لذا وجب ألا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة القصوى و بعد توافر شروط التلقيح العامة [15].

- إذا كانت البيضة من الزوجة و الحيوان المنوي من متبرع و الحمل داخل رحم الزوجة، و يلجأ إليها عندما تكون الزوجة سليمة المبايض و لكن العيب هنا أن الخلل في الزوج بسبب عقمه و ذلك إما لقلة الحيوانات المنوية عنده أو لوجود تشوهات أو خلل فيها أو لعدم قدرتها على اختراق البويضة أو في حالة عدم وجود حيوانات منوية أصلا[16] .

- إجراء التلقيح بين نطفة الزوج و بويضة من امرأة ليست زوجته و يلجأ إليها في حالة ما إذا كانت الزوجة عقيما بسبب تعطل مبيضها أو استئصاله،لكن رحمها سليم قابل لعلوق الرحم فيه[17] .

- إجراء التلقيح بين الخليتين الجنسيتين للزوجين و بعدها تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها و يلجؤون إلى ذلك حين عدم قدرة الزوجة على الحمل لسبب في رحمها و هو ما يعرف بنظام الأم البديلة، التي لا يكون لها علاقة وراثية بالطفل بل يقتصر دورها على الحمل، و بعد وضع الطفل تقوم بتسليم الولد لمن تم الحمل لمصلحته بناء على عقد محدد غالبا بين الطرفين[18] .

الفرع الثاني : شروط التلقيح الاصطناعي

للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي لابد من توافر جملة من الشروط الموضوعية المتعلقة بالزوجين الخاضعين للعملية و كذلك شروط إجرائية تتعلق بإجراءات العملية .

أولا : الشروط الموضوعية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي

إن الغاية من عملية التلقيح الاصطناعي هو معالجة حالة مرضية تحول دون تحقيق الحمل بالطريق الطبيعي بسبب العقم أو ضعف الخصوبة، و ليس استجابة لرغبة الزوجين،و للقيام بهذه العملية يجب توافر جملة من الشروط تخص المستفيدين أهمها :[19]

1- قيام الرابطة الزوجية: ذلك أن هذا بديهي و أصلي، حيث أن الرغبة في إنجاب الأولاد لا تكون إلا بناء على عقد زواج صحيح بين الزوجين[20]قائم على الأركان و الشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية و جل القوانين العربية [21]، و يشترط أن تكون العلاقة الزوجية قائمة حقيقة لا حكما عند إجراء العملية، و لا يسمح بإجرائها بعد الانفصال سواء كان بالوفاة أو الطلاق[22].

و يجب على المراكز و الأطباء التأكد من ذلك قبل إجرائها، و ذلك من خلال استظهار وثيقة رسمية كعقد الزواج أو الدفتر العائلي أو شهادة الحالة العائلية، و هذا الشرط يحقق غرضين:

- يسد المنافذ على العلاقات الحرة المنحرفة حتى لا تجد طريق إلى الثبات و الشرعية و القبول، و يمنع أيضا الاستعانة بطرف غريب عن الزوجين سواء كان مانحا لبويضة أو حيوانا منويا أو رحما أو جنينا جاهزا [23] .

- الحفاظ على نقاء الأنساب، فوجود العلاقة الزوجية تبرره مصلحة الطفل الذي سيولد، حيث يعتبر الزواج ضمانة حقيقية توفر له الاستقرار بفضل وجود أبوين يستقبلانه و يسهران على رعايته و تربيته[24] .

2- اشتراط توافر رضا الزوجين : بما أن عملية التلقيح الاصطناعي تتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يحظى بحماية شرعية و قانونية، و نظرا لأهميته فإنه يستلزم إفراغه في شكل معين لتتفطن الأطراف المعنية لخطورة هذه العملية و الإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها. لذا كان لزاما على الطبيب القائم لهذه العملية أخذ موافقة الزوجين على ذلك [25].

و لا يكون الرضا معتبرا إلا إذا كان مستنيرا و بكل حرية و سيادة دون إجبار و حال حياتهما و أثناء قيام رابطة الزوجية و أن يستمر هذا الرضا حتى وقت التدخل الطبي [26].

و بالعودة لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة نجدها تنص على أن التلقيح الاصطناعي يخضع لشرط رضا الزوجين و أثناء حياتهما، إلا أن نص المادة 19 من نفس القانون تمنح للزوجين حق اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ما لم تتناف هاته الشروط مع أحكام القانون، و يستشف من هذا النص أنه إذا كان التلقيح الاصطناعي أحد هذه الشروط في العقد، فإن رفض الزوجين له يخول للآخر حل الرابطة الزوجية على أساس خرق أحد بنود العقد، ويكون كذلك حتى في حالة عدم اشتراطه في بنود العقد [27] .

و يقدم الزوجان و هما على قيد الحياة طلبهما كتابيا المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب الذي يجب عليهما تأكيده بعد شهر من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية" [28].و لقد حدد المشرع سن تقديم الطلب ب 50 سنة بالنسبة للزوجة في حين ترك سن الزوج غير محدد و هذا في التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000.

كما أن شكل الرضا لم يوضحه المشرع، غير أنه يجب تسجيله في سجل المركز المعالج لإثباته و حتى يكون حجة على الزوجين أو أحدهما. و بالرجوع إلى الشريعة العامة نجد المادة 60 من القانون المدني تنص على أنه: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو

بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه..."[29] .

و لكن الإشكال يثور في حالة البدء في العملية لأن إمكانية الزوجة في العدول عن موافقتها يترتب عنه جريمة الإجهاض المعاقب عليها في نص المادة 309 ق.ع الجزائري التي تنص على أنه:" تعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 20000 إلى 100000 دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض".

ويقصد بالإجهاض إسقاط الحمل أو إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة أو قتله عمدا في الرحم،[30]و لقد تعددت مواقف التشريعات الوضعية بشأن الإجهاض بين اتجاه قائل بإباحته، و آخر يرى عدم إباحته عموما و بجوازه في بعض الظروف التي يكون فيها الإجهاض لازما.

أولا : مذهب الإباحة

لقد أباح أصحاب هذا المبدأ الإجهاض بحجة احترام الحرية الشخصية و الحق في الخصوصية، و الذي تكفله جميع الدساتير و المواثيق الدولية و التشريعات الوطنية[31] .

ثانيا : مذهب التجريم

اعتبر هذا الاتجاه أن الإجهاض العمدي يشكل جريمة لما فيه من اعتداء على الروح[32]و هو موقف جل التشريعات العربية. أما موقف الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، فلقد أجمع الفقهاء على أن قتل الجنين بعد نفخ الروح يحرم حرمة تامة مهما كان الجنين مشوها أو غير ذلك و لم يسمحوا بالإجهاض إلا إذا كانت حياة الأم في خطر فقدموا حينئذ حياتها على حياته لأنها أًصله.[33]

و اختلف الفقهاء حول الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين و التي حددوها ب 120 يوما من بدء التلقيح و قد انقسموا إلى ثلاثة أقسام:

- **الفئة الأولى:** و يمثلها المالكية و الإمام الغزالي من الشافعية و ابن رجب الحنبلي و هم يحرمون الإجهاض من اللحظة التي تستقر فيها النطفة في الرحم.

- **الفئة الثانية:** و يمثلها الشافعية (ما عدا الفئة التي يمثلها الإمام الغزالي) و الحنابلة (ما عدا الفئة التي يمثلها ابن رجب الحنبلي) و خلاصة رأي هذه الفئة جواز إسقاط الجنين قبل مرور أربعين يوما من بدء الحمل و تحسب من لحظة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة.

- **الفئة الثالثة:** و يمثلها بعض علماء الأحناف و بعض علماء الحنابلة و هي أكثر الفئات تسامحا و هم يجيزون الإسقاط قبل نفخ الروح أي قبل مرور 120 يوما منذ بدء الحمل و تحسب منذ لحظة التلقيح.

أما بخصوص الشروع في جريمة الإجهاض فقد اختلفت التشريعات الجنائية بين معاقب و غير معاقب حيث كان موقف التشريع المصري صريح بنص المادة 264 قانون العقوبات بقوله:" لا عقاب على الشروع في الإسقاط"[34].أما المشرع الجزائري فقد عاقب على الشروع في هذه الجريمة بقوله صراحة في نص المادة 309:" ...أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك..."

و يثور إشكال آخر متعلق بمدى اعتبار الإجهاض الذي تقوم به الأم التي وقعت تحت تدليس من زوجها أو الطبيب عند إجرائها لعملية التلقيح الاصطناعي دون الحصول موافقة منها يقوم مقام الإجهاض الناتج عن الاغتصاب في حالة الحمل الطبيعي؟

إن السياسة الجنائية تأبى أن يعترف المشرع بإجهاض الحمل الناتج عن حالة اغتصاب، لعدم توافر أسباب الإباحة فالمرأة لها حق الدفاع الشرعي ضد الرجل الذي يحاول الاعتداء على عرضها، و لها كذلك الحق في الحيلولة دون الحمل باستعمال الوسائل التي من شأنها ذلك، فإذا حصل الحمل كان له الحق في النمو و الميلاد الطبيعي الذي لا يجوز للحامل الاعتداء عليه، كما أنه يخشى أن يؤدي الاعتراف بهذا الإجهاض إلى إساءة استعماله حين يكون ثمرة علاقة جنسية رضيت بها المرأة، ثم تخلع عليها مظهرا إجراميا توصلا إلى إباحة الإجهاض[35] .

و لقد كان من باب أولى على المشرع الجزائري أن يسمح بإجهاض حمل الاغتصاب قبل نفخ الروح فيه أي قبل تجاوز مدة 120 يوما حفاظا على الحالة النفسية للأم الضحية و تقليلا من ولادات مجهولي النسب و ما يترتب عن ذلك من آثار اجتماعية

ونفسية وخيمة قد تلحق الأم أو المولود مستقبلا، و ذلك في إطار أحكام المادة 72 من قانون حماية الصحة أو ترقيتها التي جاء فيها:" يعد الإجهاض لغرض علاجي، عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي المهدد بخطر"

ثانيا : الشروط الإجرائية

وتتمثل فيما يلي :

1- ضرورة توافر الترخيص الإداري: يعتبر هذا الشرط منطقي و ضروري يستوجبه العمل الطبي في حد ذاته، إذ أن أي مساس بجسم الإنسان يحتم بالضرورة وجود ترخيص لدى المركز المعالج و الترخيص القانوني لا يمكن منحه إلا من طرف السلطات المختصة للأطباء و المراكز التي تتوفر فيها الشروط القانونية المنصوص عليها في القانون و اللوائح و ذلك بعد تقديم الملف الإداري المطلوب، حيث يتطلب إمكانيات مادية ضخمة لتوفير الوسائل و التجهيزات من أجل إجراء العمليات بكل كفاءة و اقتدار[36].و لتفادي خروج العملية عن أهدافها المشروعة يجب التفريق بين أنواع التلقيح التي سبق ذكرها، فالتلقيح الداخلي يمكن للمراكز الخاصة القيام به، أما التلقيح الخارجي فيجب أن يقتصر على المراكز الاستشفائية الحكومية نظرا للخطورة الكبيرة التي ينطوي عليها خاصة ما تعلق بطرق التحكم في جنس و تحسين نسله[37].

2- توافر الإمكانيات العلمية و المالية حتى يتمكن المركز من العمل بكفاءة و اقتدار، مع توفير جهاز طبي و بيولوجي متخصص، و تجهيزها بأحسن الوسائل التقنية من أجل الوصول إلى أعلى نسبة نجاح ممكنة.

3- خضوع المراكز العامة و الخاصة لقانون الصحة العامة، و اللوائح و القرارات المنظمة للعمل الطبي[38] .

4- ضرورة ترتيب جزاءات مناسبة في قانون الصحة و قانون العقوبات لضمان عدم مخالفة هذه الشروط.

5- ضرورة إشراف لجنة طبية على العملية.

قام المشرع الجزائري بحماية النسب في عملية التلقيح الاصطناعي بتجريمه لأي فعل مخالف لشروط هذه العملية المنصوص عليها في المادة 371 من قانون الصحة ، حيث جرمها بنص المادة 434 بعقوبة الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج .

المطلب الثاني : تجريم إجارة الرحم

تعد عملية استئجار الرحم أو ما يطلق عليها بأسماء مختلفة كالأم المستعارة ، الأم البديلة ، الأم المستأجرة ، مؤجرة البطن، الأم بالوكالة أو الرحم الظئر[39] من التقنيات الحديثة التي تمخضت عن الطفرة العلمية و الطبية في مجال الإنجاب و تعني هذه العملية استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة الرجل و بويضة المرأة و غالبا ما يكون الزوجين و تحمل الجنين و تضعه، و بعد ذلك يتولى الزوجان رعايته[40]، ونظرا لتفشي هذه الظاهرة في المجتمعات من جهة ومساسها برابطة النسب من جهة أخرى سنحاول شرح موقف الفقه الإسلامي منها في الفرع الأول ، وندرس موقف التشريعات الوضعية في الفرع الثاني .

الفرع الأول : إجارة الرحم في الفقه الإسلامي

تعد إجارة الرحم من المسائل المستجدة وليدة التقدم العلمي و الاكتشافات الطبية و هو ما يدخل ضمن ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي بالنوازل[41]،أي المسائل التي لا توجد في إثبات حكمها نصوص شرعية صريحة كأدلة تفصيلية في موضوعها، و تقتضي الاجتهاد فيها لاستنباط الحكم المناسب لها[42] .

ويمكن تحليل النزاع في هذه النازلة، من خلال النظر في استدلالات الفقهاء الباحثين في المسألة كما يلي :

1- اتفق الفقهاء المعاصرون دون خلاف، على تحريم جميع صور إجارة الرحم التي تتطلب تدخل طرف ثالث بخلية تناسلية ذكرية كانت أو أنثوية،[43] أو المرأة التي ترفض الحمل ترفها.

2- وقع الخلاف في صورة واحدة من صور إجارة الرحم، و هي أن تكون الخلايا التناسلية من الزوجين،و بتدخل الطرف الثالث (الأم البديلة) بالرحم فقط و ذلك بسبب

عدم قدرة المرأة للحمل لمشاكل صحية [44]و هي الصورة موضع البحث و الاستدلال عندهم، و قد اختلفوا فيها على رأيين :

- **الرأي الأول : جواز الاستعانة بالأم البديلة :** و يرى أنصار هذا الاتجاه أن استئجار الأرحام جائز و دليلهم في ذلك ، قول الله تعالى[45]:" **أَلَمْ نَخْلُقكُّم مِّن مَّاءٍ مَّهِينٍ(20) فَجَعَلْنَّاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ(21) إِلَى قَدَرٍ مَّعْلُومٍ(22)**" ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الجنين إنما هو نتاج التقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة الزوجة و لا دخل للرحم في تكوينه، فدور الرحم قاصر على حفظ الجنين و مصدر غذائه و شبهوا دور الرحم بالنسبة للجنين بدور الأرض بالنسبة للنبات [46] ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

- الاستدلال بالقاعدة الفقهية " الأصل في الأشياء الإباحة": فالقرآن الكريم عندما تحدث عن الأبضاع و المحرمات من النساء حصر المحرمات في قوله تعالى[47]:"**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ الْلاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفْ إِنَّ اللهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا** (23) ".فالتحريم هو الذي يحتاج إلى دليل لا التحليل[48].

- الاستدلال بالقياس على الرضاع: و دليلهم في ذلك أن الله تعالى قد قرن الحمل والرضاعة و جمع بينهما في عدة آيات ، منها قوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين " [49] وقوله أيضا : " **وَإِنْ كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَّ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَّ لَكُمْ فَأْتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**"[50]، هذا ما وحد الحكم بينهما و جعل ما يسري على الرضاعة يسري على الحمل كونهما مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين،و على ذلك فإن استئجار الرحم لإشاعة الجنين حلال مثل استئجار الثدي لإرضاع طفل[51] .

- الاستدلال بقواعد الضرورة: حيث رأى المبيحون أن "الضرورات تبيح المحظورات والحاجة تنزل منزلة الضرورة فيلجأ لهذه الطريقة عند وجود أسباب طبية غالبا ما تمنع المرأة من الحمل كأن تولد بدون رحم، أو تكون مصابة بتشوهات و مرض يجعل الحمل مستحيلا،أو عند إرادة الوقاية من انتقال بعض الأمراض الوراثية عن طريق الأم

البيولوجية و الرغبة في تحصيل الولد حاجة و تنزل منزلة الضرورة كونها تحل مشكلة الزوجات اللائي يعانين من العقم و يحافظ على ترابط آلاف الأسر المهددة بالتفكك بسبب عدم الإنجاب [52].

- **الرأي الثاني: تحريم الاستعانة بالأم البديلة تحريما مطلقا:** يرى الغالبية العظمى من الفقهاء الإسلاميين أن تقنية استئجار الأرحام محرمة شرعا و استدلوا بما يأتي:

- عدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي يقضي بإباحة ذلك بل نجد نصوص قرآنية تأمر بحفظ الفروج[53] ،فقد قال تعالى:"**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونْ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**"[54].

- عدم وجود علاقة زوجية بين صاحب الحيوان المنوي و صاحبة الرحم المستأجر، فالحمل غير شرعي لأن إنجاب الأولاد يجب أن يكون في إطار عقد شرعي مستوفي لأركانه و شروطه، فلا يجوز أن تحمل امرأة جنينا لحساب امرأة أخرى [55].

- تحريم الشارع استمتاع غير الزوج ببضع المرأة لأنه يؤدي إلى شغل رحم هذه المرأة التي استمتع ببضعها بنطفة لا يسمح الشرع بوضعها فيها إلا في إطار علاقة زوجية يقرها الشرع، لأن الأصل في الأبضاع الحرمة و الحظر ، و لا يباح إلا ما نص عليه الشارع و الرحم لبضع المرأة ، فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد زواج شرعي صحيح و أن الرحم ليس قابلا للبذل و الإباحة و ما لا يقبل البذل و الإباحة لا تصح هبته و إجارته [56]، لقوله صلى الله عليه و سلم :" اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله و استحللتم فروجهن بكلمة الله" رواه مسلم.

- ما لا يقبل البذل و الإباحة لا تصح هبته و إجارته، لأن الإجارة "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل و الإباحة بعوض معلوم"، كما أن الشارع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأموال و الشيء لا يعتبر مالا في العرف إلا إذا كانت له قيمة في الأسواق،و هذا لا يصدق في حق الإنسان[57] .

- استندوا في تحريمهم لإجارة الرحم على قاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" لغلبة المفاسد على هذه العملية كونها تؤدي إلى تنازع بين الناس و إفساد لمعنى الأمومة التي فطرها الله.

- استندوا كذلك لقاعدة " الضرر لا يزال بمثله "ففي إجارة الرحم إزالة لضرر امرأة تشتاق إلى الحمل و الولد بإيقاع الضرر على امرأة أخرى هي الأم البديلة بحرمانها من التمتع بثمرة حملها و عنائها ، كما يشكل حرمانها من الأمومة عذابا نفسيا قاسيا وضررا بالغا.[58]

و ذهب اتجاه ثالث برأي وسط آخذين بعين الاعتبار صفة الأم البديلة بحيث إذا كانت زوجة ثانية للزوج الملقحة البويضة بمنيه تكون عملية إجارة الرحم جائزة .

الفرع الثاني : إجارة الرحم في التشريعات الوضعية

أظهرت التقارير الصادرة في الموضوع منها تقرير CIEC اللجنة الدولية للحالة المدنية الصادرة سنة 2014 و التقرير الصادر عن البرلمان الأوروبي سنة 2013 و التقرير الصادر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص حول المشاكل الناجمة عن عقود الأمومة بالنيابة على الصعيد الدولي لسنة 2012و إحصائيات معهد توماس لسنة 2013 حجم الولادات بهذه الطريقة و ما ينجم عنها من مشكلات حول نسب المولود الناتج عن مثل هذه الطريقة في الإنجاب و عليه فقد كانت مواقف التشريعات متباينة [59] ، وهو ما سنبينه في النقاط التالية مبررين موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة .

أولا : موقف القوانين المقارنة من مسألة تأجير الرحم

تباينت مواقف التشريعات المقارنة من مسألة الإنجاب عن طريق الاستعانة برحم الأم البديلة بين مؤيد و معارض .

1- التشريعات المعارضة لعملية الإنجاب عن طريق الاستعانة بإجارة الرحم: حيث سلك هذا الاتجاه عدة دول من بينها التشريع الفرنسي والأمريكي، إضافة إلى كل الدول العربية و الإسلامية.

فأما عن موقف المشرع المصري من العملية، فيمكن استخلاصه من نص المادة 135 من القانون المدني على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا، لأن علاقة الشخص بأسرته تعتبر من النظام العام ، و لهذا وجب منع هذه الوسيلة من طرق الإنجاب[60].

كما كان المشرع الفرنسي من بين المعارضين و بشدة لإجارة الرحم و هو المنهج المطابق لقرار البرلمان الأوروبي الصادر في 1989/03/16 الذي أكد بأنه يجب، و بشكل عام رفض كل شكل من أشكال الأمومة بالإنابة[61] . و لقد جاء على إثر تعديل قانون العقوبات الفرنسي سنة 1992، بإضافة فقرة 3 للمادة 227-12 منه التي تنص على تجريم الاتفاق الذي يتم بين شخص أو أسرة راغبة في أن تتلقى طفلا و بين امرأة تقبل أن تحمل في رحمها هذا الطفل لكي تعطيه للطرف الأول عند الولادة و تضاعف العقوبة إذا ارتكبت هذه الأفعال بشكل معتاد أو بقصد الربح و يعاقب على الشروع في هذه الجرائم بسنة حبس وغرامة مالية قدرها 15000 أورو وفقا للمادة 227 - 13 و التي تم رفعها إلى 3 سنوات حبس و غرامة مالية قدرها 45000 أورو بموجب تعديل صدر سنة 2000. كما فصل القضاء الفرنسي في مسألة إجارة الرحم في عدة قضايا بالبطلان[62] ، حيث أيدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف التي قضت بعدم مشروعية تشكيل جمعية لغرض الأمومة البديلة، في قرارها المؤرخ في 31 ماي 1991 الذي قضى فيه أن العقد الذي تلتزم فيه المرأة ولو تبرعا بحمل طفل للتخلي عند الولادة يخالف النظام العام و مبدأ حرمة الجسد الإنساني و مبدأ عدم قابلية التصرف في حالة الأشخاص. كما تم نقض الحكم الصادر عن قضاء استئناف باريس في 25 أكتوبر 2007 الذي قضى بإلغاء قرار رفض تسجيل المولودتين على سجلات الحالة المدنية ب "نانت" ، حيث رفض القضاة الحكم بتسجيلهما في سجلات الحالة المدنية الفرنسية البنتين المولودتين في كاليفورنيا بإجارة رحم لحساب زوجين فرنسيين يعيشان في فرنسا[63].

وكان موقف المشرع الأمريكي في هذه المسألة من الرافضين حيث بررت محكمة الاستئناف الأمريكية عند نقضها لحكم محكمة "نيوجرسي" بأن الاتفاق الذي تم بين الزوجين و المرأة الحامل هو اتفاق باطل لأنه يلزم المرأة الحامل بالتنازل عن حقها كأم على طفلها و الذي لم يولد بعد ذلك لتناقضه مع النظام العام[64].

2- التشريعات المؤيدة لعملية الإنجاب بواسطة الأم البديلة : من بين التشريعات التي أباحت إجارة الرحم نجد المشرع البريطاني الذي سن قانون التخصيب البشري و علم الأجنة لسنة 1990 المعدل سنة 2008 و قيدها بشروط صارمة طبية وأخرى قانونية منها أن يكون التلقيح بين الزوجين أو الشريكين مدنيا أو الخليلين ، و أن يرتبط على الأقل أحدهما جينيا بالولد و أن يكون سنهما أكبر من 18 سنة ، و ان يكون موطن الطفل هو

موطنهما ، وأن يقدما طلبا إلى الجهة القضائية المختصة لنقل البنوة . و لا تقبض الأم البديلة مبلغا ماليا مقابل ذلك إلا ما تعلق بمصاريف تتعلق مباشرة بالحمل ، واشترط أن لا تتجاوز الأم البديلة 35 سنة و أن تكون قد سبق لها الإنجاب .

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من مسألة الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي

اتضح أن المشرع الجزائري في التعديل الذي مس قانون الأسرة الجزائري في سنة 2005 قد نص بما لا يدع مجالا للشك على منع تدخل الأم البديلة بالرحم كطرف ثالث في الإنجاب الذي يفترض أن يكون ثنائيا بين زوج و زوجة،المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05_02 المعدل لقانون الأسرة رقم 84_11 حيث جاء نصها كما يلي:".....لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". كما جرم المشرع هذا السلوك و إن جاء متأخرا بسبع (7) سنوات حيث نص في قانون الصحة لسنة 2018 تضمن معالجة مسألة التلقيح الاصطناعي، حيث جاء في المادة 374 ما يلي:" يمنع التبرع و البيع و كل شيء آخر من المعاملة المتعلقة ب [65]:

- الحيوانات المنوية،

- البويضات ، حتى بين الزوجات الضرات

- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو لأم أخرى كانت أما أو أختا أو بنتا،" حيث حدد المشرع العقوبات الخاصة بهذه الأفعال المجرمة في الأحكام الجزائية الواردة في نص المادة 435 بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج. حيث نلاحظ أن المشرع اعتبر هذه الأفعال من الجنح المشددة.

المطلب الثالث : الأحكام الشرعية والقانونية لعمليتي نقل و زرع الغدد و الأعضاء التناسلية

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء و الغدد التناسلية من أهم التطورات الطبية التي توصلت الأبحاث العلمية في مجال معالجة العقم و الطرق المساعدة على الإنجاب،غير أن مثل هذه العمليات تخضع لأحكام وضوابط شرعية و قانونية نظرا لمساسها بالسلامة الجسدية بصفة عامة و برابطة النسب بصفة خاصة ، و عليه سنقوم بتبيان مجال نقل و زرع الأعضاء التناسلية في فرع أول، و نتعرض في الفرع الثاني إلى حكم نقل و زرع الغدد و الأعضاء التناسلية .

الفرع الأول : مجال نقل و زرع الأعضاء التناسلية

بدأت عمليات زرع الأعضاء التناسلية في الحيوان، و بعد نجاحها بدأ التفكير في زرعها للإنسان، و يكون هذا النقل متعلقا إما بالأعضاء التناسلية الأنثوية المتمثلة في المبيضين أو الذكرية المتمثلة في الخصيتين هاتان الغدتان يحملان الصفات الوراثية للإنسان، أو قد تكون عملية النقل و الزرع تتعلق بالأعضاء التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية.

أولا : مجال نقل و زرع الغدد الحاملة للصفات الوراثية

1- الخصية: شهد العقد الأول من القرن العشرين عدة تجارب لعمليات نقل و زرع للخصي في الحيوانات و بعد نجاحها على هذه الأخيرة اتجه الطب إلى إجرائها على الإنسان حيث قام العالم "كريس" بإعادة زرع خصيتين كانتا قد استؤصلتا في حادث عمل واحتفظ بهما في ثلاجة أثناء الليل، و في الصباح قام بعملية الزرع لنفس الشخص فكللت العملية بالنجاح و أفرزت الخصيتان هرمون الذكورة دون الحيوانات المنوية[66]. ونشرت مجلة زرع الأعضاء العالمية بحثا قدمه مجموعة من العلماء الصينيين، الذين قاموا بإجراء عمليات زرع خصيتين أربعة عشرة مرة لأربعة عشرة رجل، و كان ذلك في الفترة الممتدة ما بيت يناير 1984 حتى شهر ماي 1986، و قد أسفرت العمليات على نجاح ثلاثة عشرة منها، و كانت العمليات كما يلي[67]:"7 حالات زرعت الخصي من الأب ، و حالتين من جثث الأخ ، و خمس حالات من جثث الموتى "و الملاحظ على عمليات زرع الخصية أنها

من العمليات النادرة و إن نجحت العملية فإنها تفرز هرمون الذكورة دون الحيوانات المنوية، كما أن نقلها اقتصر على التوائم المتماثلة و الأقارب المقربة كالأب و الأخ[68].

2- زرع و نقل المبيض: كما سبق الذكر بأن عملية زرع الأعضاء التناسلية بدأت بالتجارب على الحيوانات، حيث قام العالمان ونستون و براون عام 1974 بعملية نقل أنبوب و مبيض من جهة إلى أخرى في أحد الأرانب و تمت العملية بنجاح كما تم حمل تلك الأرانب، و في عام 1974 قام بلانكو بنقل مبيض من امرأة إلى أخرى و نجحت العملية ولكن المرأة لم تحمل[69]. و في عام 1982 قام "جرين" و زملاءه بنقل مبيض و أنبوب أرانب إلى أخرى و نجحت العملية و تم حمل إحداهما، و في عام 1985 قام "سيلبر" بنقل مبيض وقناة فالوب بين شقيقين توأم و نجحت العملية[70].

ثانيا : مجال نقل الغدد التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية

1- بالنسبة للأعضاء التناسلية للمرأة: تتمثل الأعضاء التناسلية للمرأة الغير حاملة للصفات الوراثية في قناة فالوب و الرحم. فمنذ سنوات و الأطباء يجربون العديد من الوسائل لفتح الأنابيب المقفلة، تارة بالنفخ، و تارة بالعمليات الجراحية الدقيقة، و تارة بمشاريع أطفال الأنابيب، و أخيرا باستبدال أنبوب سليم بالأنبوب الثالث من امرأة أخرى تتبرع به قد تكون حية أو ميتة .

هذا و تعود المحاولات الأولى لعملية نقل أنبوب فالوب عند المرأة لعام 1946 حين تم نقل أنبوب فالوب في خمس نساء و رغم أن الأنبوب ظل مفتوحا إلا أنه لم يحدث حالة حمل واحدة. و نفس النتيجة كانت في سنة 1975 على العملية التي قام بها الدكتور " سيلو سيدل"[71] ، غير أن عملية نقل قناة فالوب تواجد العديد من الصعوبات خاصة انكماشها و تقلصها، و لا تؤدي وظائفها الفيزيولوجية، لفقدانها للأهداب الداخلية[72].

أما عن زراعة الرحم الذي يعتبر المكان تستقر فيه الأمشاج، و ينمو فيه الجنين حتى اكتماله فقد بدأت التجارب في نقله من عام 1972 لأول مرة على يد العالم "بابا نكولي" الذي قام بنقل رحم و ملحقاته من أم لابنتها، إلا أن البنت لم تحمل بالرغم من أن جسمها لم يرفضه[73].

2- بالنسبة للأعضاء التناسلية للرجل: تمثل الأعضاء التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية للذكر في القضيب و الحبال المنوية. أما عن نقلها من ذكر إلى آخر فلم يتمكن الأطباء إلى حد الآن من هذه العملية و لكن تبقى مجرد افتراض علمي قيد التجريب .

الفرع الثاني : حكم نقل و زرع الغدد و الأعضاء التناسلية

نتعرف من خلال هذا الفرع على حكم الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري من عمليات نقل و زرع الغدد والأعضاء التناسلية الحاملة والغير حاملة للشفرات الوراثية .

أولا : موقف الشريعة الإسلامية من مسألة نقل وزرع الغدد و الأعضاء التناسلية

1- حكم نقل و زرع الأعضاء التناسلية الحاملة للشفرة الوراثية: يرى أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين كالشيخ يوسف القرضاوي و الدكتور محمد سيد الطنطاوي بعدم جواز و حرمة نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الشفرة الوراثية مستندين إلى قوله تعالى:[74]" **وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا** " ، حيث دلت الآية الكريمة على أن نقل الخصيتين و المبيضين من شخص إلى آخر فيه تغيير لخلق الله سبحانه و تعالى،و هو داخل في الذم الوارد في الآية.

و قاسوا تحريم نقل الخصيتين و المبيضين على تحريم التلقيح الاصطناعي بمني أجنبي أو بويضة أجنبية، كما أن نقلهما يؤدي إلى اختلاط الأنساب لأن عملية الزرع تنقل صفات صاحب العضو و صفات أصوله الوراثية كما أسسوا موقفهم على أن أعضاء الإنسان بما فيها التناسلية ليست ملكا له، بل هي ملك لله خلقها الله تعالى له لينتفع بها، فلا يملك التصرف فيها بهبة أو بيع أو تبرع[75].

2- حكم نقل و زرع الأعضاء التناسلية الغير حاملة للشفرة الوراثية : يرى فقهاء الشريعة أن نقل الأعضاء التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية المتعلقة بالعورات المغلظة غير جائز شرعا وهو ما جاء في القرار رقم 01 في الفقرة الثانية للدورة الرابعة من المجمع الفقهي بجدة لسنة 1990 ،كحالة نقل الذكر أو الفرج لأن الوطء اللاحق محرم تشبيها بالزنا فإنه في حالة زرع الفرج يكون الرجل وطئ فرجا لا يملكه لكونه فرج غير

زوجته و نفس الأمر بالنسبة لزرع العضو الذكري ، وحتى لو قلنا بأن العضو المزروع منسوب شرعا للمتلقي دون المصدر فإن مجرد الإحساس بنسبته إلى مصدر مغاير قد يولد نفورا و شقاقا بين الزوجين [76].

غير أنهم أجازوا زراعة الرحم لأنها عملية عظمى للحياة مثل زراعة القلب و الكلى، فهي تقع تحت حكم الجواز لتحقيق مصلحة ضرورية وهي مصلحة حفظ النسل واستمراره، كما أنها تختلف تماما عن عملية استئجار الرحم بحيث إن عملية نقل وزرع كامل الرحم تعطي للأم صفة ملكية الرحم والأمومة للطفل .

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من مسألة نقل وزرع الغدد و الأعضاء التناسلية

المشرع الجزائري يمنع زراعة الأعضاء التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية وهو ما تم استنتاجه من نص المادة 374 من قانون الصحة السالفة الذكر والتي منعت التبرع أو البيع بالحيوانات المنوية أو البويضات حتى بين الزوجات الضرات ، وعاقب على كل من يخالف أحكامها بموجب المادة 435 من نفس القانون بالحبس من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج . كما جرم اقتطاع الخصيتين أو المبيضين في نص المادة 274من قانون العقوبات حيث عاقب عليها بالسجن المؤبد وتصل العقوبة إلى الإعدام إذا أدت جناية الإخصاء إلى الوفاة .

أما بالنسبة للأعضاء التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية ، فبقراءة المواد من 355 إلى 369 المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء و الأنسجة والخلايا البشرية ، نستنتج أن التبرع بالرحم جائز بشرط التقيد بالنصوص القانونية التي تنظم مسألة التبرع و زرع الأعضاء بصفة عامة ، و كذلك التقيد بالإجراءات والقواعد المنصوص عليها في القسم الثالث من قانون الصحة رقم 18-11و ذلك استنادا لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة ومبدأ الشرعية في ظل غياب نص يجرم هذه العملية ، إضافة إلى تحقيق هذه الأخيرة لاستمرار النسل الذي يعتبر الغاية المرجوة من عقد الزواج، و مقصد سامي دعت الشريعة لحفظه .

المبحث الثاني : إثبات النسب في ظل استخدام الوسائل الطبية المستحدثة في عملية الإنجاب

يعتبر النسب من أقدس الروابط التي تربط الطفل بأسرته فتمنح له حقوقا وتقر عليه التزامات ، لذلك اهتمت القوانين الوضعية وقبلها الشريعة الإسلامية بهذه المسألة و حددت قواعدها فمنعت الآباء من إنكار نسب أولادهم وحرمت على النساء نسبة الأولاد إلى غير آبائهم الحقيقيين ، ومنعت الأبناء من الانتساب لغير آبائهم. وعليه سنتحدث في المطلب الأول عن نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي و في المطلب الثاني عن نسب الطفل المولود عن طريق نقل وزرع الغدد و الأعضاء التناسلية .

المطلب الأول : نسب الطفل الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي

إن الطرق الحديثة في عملية الإنجاب ساهمت بشكل كبير في حل مشكلة العقم و ما ينجم عنها من مشكلات نفسية و أسرية تعود على الزوجين ، غير أنها تخلق في بعض الأحيان مشاكل ، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسألة النسب ، فالولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي له حق نسبته لوالديه مثله مثل الطفل المولود بالطريق العادي . وعليه سنتناول في الفرع الأول إثبات النسب في حالة التلقيح بين الزوجين ، وفي الفرع الثاني نتعرف على كيفية إثبات نسب المولود في حالة التلقيح الاصطناعي الذي يتم خارج إطار عقد الزواج .

الفرع الأول : إثبات النسب في حالة التلقيح الصناعي بين الزوجين

نتحدث في هذا الفرع عن إثبات مولود عملية التلقيح الاصطناعي التي تتم بين الزوجين أثناء حياة الزوج و بعد انتهاء الرابطة الزوجية .

أولا : إثبات النسب في حالة التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوج

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري نجد نص المادة 45 مكرر التي قامت بتحديد الشروط التي يجب توافرها للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي ، فبالتالي إذا تمت العملية وفقا للشروط القانونية المحددة في هذه المادة ففي هذه الحالة يستفيد المولود من قرينة الأبوة ، بل يكفي أن يكون المولود نتج عن التقاء مني الزوج ببويضة الزوجة أثناء حياتهما الزوجية وولد على فراشهما و متى تحقق ذلك فإن النسب يكون ثابتا [77].

غير أنه قد تثور إشكالات بخصوص إثبات النسب حتى في هذه الحالة ، كما لو أخطأ الطبيب في التلقيح و كان متيقنا بعد العملية بأنه وضع لقيحة مخصبة بماء غير ماء الزوج في رحم المرأة أو لقحها بماء الزوج ، فإن الولد في هذه الحالة أو تلك يتبع في النسب صاحب الماء كما هو الحال في وطء الشبهة[78].

ولكن ماذا لو حصل الشك في مصدر الماء ؟ هنا يجب التمييز بين ما إذا كان الشك قد حصل قبل التلقيح أو بعده، فإذا حصل الشك قبل التلقيح يحرم على الطبيب، كما يحرم على كل من يعنيه أمر إجراء عملية التلقيح بماء يشك في أن مصدره الزوج أو غيره. أما إذا حصل بعد إجراء عملية التلقيح بماء الاصطناعي ، فهنا يكون الشك في صورتين الأولى أن يحصل الشك فيما إذا كان الماء الذي لقحت به المرأة أو الذي أخصبت به بويضتها ، هل هو ماء زوجها أو غيره ؟ وفي هذه الحالة تطبق القاعدة الواردة في الحديث النبوي الشريف"الولد للفراش"،فينسب الولد إلى المرأة و زوجها إذا لم ينفه[79] . والصورة الثانية عندما لا يكون الزوجان طرفين في الشك وذلك بأن يتيقن الطبيب أن ما لقحت به المرأة أو خصبت به بويضتها ليس من زوجها ، ولكن مع هذا الشك فيما إذا كان هذا الماء لفلان أو فلان من الناس غير الزوج ، وفي هذه الحالة يطبق ما يعرفه الفقهاء باسم " القافة " وهي إلحاق الولد بذويه عن طريق الطب الشرعي باستخدام ما لديه من وسائل وتقنيات حديثة ، يمكن بواسطتها وبصورة أدق إلحاق الولد بذويه عن طريق التشابه في الأعضاء و تطابق فصيلة الدم والبصمة الوراثية ، قال الشيخ محمد الأشقر:" وقياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة قياس صحيح في هذا الباب وليس هو عندي من القياس المساوي ، بل تقنية الهندسة الوراثية أولى بالصحة والصدق فينبغي أن تكون أرجح من القيافة "[80].

ثانيا : نسب المولود الناتج عن طريق التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الرابطة الزوجية

لقد توصل العلماء إلى إنشاء مختبرات عصرية حديثة أطلقوا عليها اسم " بنوك المني" ، يحفظ فيها السائل المنوي للرجل لفترة معينة تسبق تحلله ويبقى خلالها صالحا للإخصاب، وبفضل هذه البنوك أصبح من الممكن الاحتفاظ بنطفة الزوج لاستخدامها في تلقيح الزوجة في الوقت الذي يختاره الزوجان[81] . ولكن قد تتم عملية التلقيح بعد انقضاء

الرابطة الزوجية سواء بطلاق أو وفاة وتأتي الزوجة بالولد بعد انقضاء مدة طويلة على هذا الانفصال مما يثار معه إشكالية نسب المولود .

ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الطفل الذي يولد من لقيحة مجمدة أو مني مجمد لأب بعد الطلاق البائن يكون دون نسب أبوي لأن مصدر النطفة الذكرية لم يبق زوجا[82] ،أما الطفل الذي يولد من مني أو لقيحة مجمدة من الزوج بعد وفاته فقد اختلف الفقهاء بشأنه و انقسموا إلى رأيين :

- الرأي الأول : يقول بجواز نسب المولود لأبيه في حالة ما إذا تم إجراء عملية التلقيح في فترة العدة[83]،و استدلوا على ذلك من خلال قوله - صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلْمَ – لعائشة رضي الله عنها " لَوْ مُتِّ قَبْلِي فَقُمْتُ عَلَيْكِ فَغَسَّلْتُكِ وَكَفَنْتُكِ " فدليل هذا الحديث أن الفراش قائم بقيام العدة ومن حق الزوجين القيام بتغسيل الآخر بعد وفاته ، لأن النطفة تثبت أنها من الزوج وتقاس هذه الحالة على نكاح الشبهة[84].

- الرأي الثاني : يقول بأن المولود يعامل معاملة ابن الزنا في حالة ما إذا تم التلقيح بعد فترة العدة ، فيثبت نسبه لأمه نتيجة وضعها له وأنه لا ينسب إلى الزوج المتوفي صاحب النطفة لأنه لم يعد زوجها ، ودليلهم على ذلك هو حديث الرسول عليه الصلاة والسلام " الولد للفراش و للعاهر الحجر " وعليه لا يثبت النسب للطفل المولود بعد وفاة الزوج و بعد مدة الحمل الشرعية [85].

كما ذهب البعض إلى أبعد من ذلك وحرموا نسب المولود لأبيه حتى إذا تم التلقيح قبل انقضاء العدة لأن الزوجة تصير كالمطلقة طلاقا بائنا ، إذ لا يمكن حدوث المراجعة بينهما و لا يجوز لزوجها أن يقربها إلا بعقد جديد، والعقد هنا غير ممكن لوفاة الزوج وبذلك يصبح الزوج الميت شخصا غريبا عنها ، و إذا لقحت نفسها بنطفته فهو يعتبر كالزنا، و هو ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة وأقره مجمع البحوث الإسلامية في 1986/03/27 ، حيث قرر أن : " وضع حيوانات منوية من رجل في امرأة صارت أجنبية عنه ، لأن الموت قد قطع بينهما "[86] .

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري ، فإنه منع إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة و المادة 371 من قانون الصحة ،و في حالة إنجاب المرأة لطفل بهذه الطريقة يلحق بها دون زوجها المتوفي، لأن الوفاة تحل الرابطة الزوجية من وقت حدوثها ويعتبر الزوج في حكم الأجنبي[87].

الفرع الثاني : إثبات نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية

قد يؤدي عقم أحد الزوجين في الغالب إلى ضرورة الاستعانة بطرف أجنبي في عملية التلقيح وهي الحالات التي يكون فيها قلة في عدد الحيوانات المنوية للزوج أو وجود خلل أو تشوهات فيها فتلقح الزوجة بحيوانات منوية من شخص أجنبي هو متبرع لها أو الحصول على بويضات من متبرعة في حالة وجود إشكال في بويضات المرأة وعدم سلامتها لكن الرحم من الزوجة ، كما قد تكون الزوجة سليمة لكن المشكل في رحمها فبالتالي تأخذ البويضات منها لكي يتم زرعها في رحم امرأة أخرى متبرعة بالحمل .

أولا : نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي بمني غير الزوج

حرمت الشريعة الإسلامية تلقيح الزوجة بنطفة لغير الزوج لعدم وجود علاقة زوجية بين الزوجة والمتبرع بالنطفة ، كما حرمت زرع بويضة لمتبرعة أجنبية ملقحة بنطفة الزوج في رحم الزوجة لعدم وجود علاقة زواج شرعية بين المتبرعة والزوج ، وهذه الحالة إن لم تكن زنا بالمعنى الحقيقي المحدد شرعا لكن تلتقي معها في إطار واحد من حيث الجوهر والنتيجة لهذا فحكم التلقيح بهذه الطريقة يأخذ حكم الزنا وينسب إلى المرأة التي حملته و وضعته[88].ونفس الموقف أخذ به المشرع الجزائري الذي فصل في المسألة من خلال تحديد شروط التلقيح الاصطناعي في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة سالفة الذكر.

أما المشرع الفرنسي الذي أباح عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة مني الغير، فقد وضع مبدأ جديدا لثبوت نسب المولود وهو النسب الغير قابل للمنازعة ، يعني أن الزوج حينما يعبر عن رضاه بخضوع زوجته لهذا النوع من التلقيح لا يمكنه أن يشكك في شرعية النسب استنادا من الفقرة الثانية من المادة 311-20 من القانون المدني مما يعني أن نسب الطفل مرتبط برضا الزوج غير أن هذا المبدأ له استثناءات منها :

- إثبات أن النسب لم يكن نتيجة عملية التلقيح الاصطناعي .

- يكون الرضا غير فعال في الحالات التالية : الوفاة ، الطلاق أو الانفصال الجسماني، أو توقف العلاقة الحرة [89].

إضافة إلى وضع المشرع الفرنسي لمبدأ السرية ، إذ لا يمكن للطفل أن يتعرف على أصله البيولوجي وذلك ضمانا للحفاظ على الاستقرار العائلي له ، طبقا للمادة 16 – 8 من القانون المدني الفرنسي ، كما نفى علاقة النسب بين الطفل والمتبرع من خلال المادة 311 – 19 من القانون المدني .

ثانيا : نسب الطفل الناتج عن عملية تأجير الأرحام

جاءت إجارة الرحم بأوضاع هزت قواعد النسب المعروفة سواء من جهة الأب أو الأم على السواء ، وقد كان لهذا الأمر خطورة على منظومة الأسرة والتشريعات المتعلقة بها ، ولكن رغم خطورة الموضوع والنص على منع اللجوء إليه كوسيلة للإنجاب إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أثر وسيلة الإنجاب بالأم البديلة على نسب المولود[90]، وهذه الوسيلة تثير إشكالية صلة الطفل بأمه فإلى من ينسب، هل إلى الأم البيولوجية صاحبة البويضة أم الأم صاحبة الرحم من الحمل إلى الولادة ؟ كما يثور التساؤل من جهة الأب ، فهل ينسب الولد لزوج المرأة الحاملة باعتباره صاحب الفراش أم ينسب للزوج صاحبة البويضة ؟

1- نسب الطفل المولود من جهة الأب : في تقنية تأجير الأرحام هناك حالتين،إما أن تزرع البويضة الملقحة من مني الزوج و بويضة الزوجة في رحم امرأة أخرى، و إما أن تزرع في رحم امرأة أخرى للزوج (الضرة)[91]. والإشكال يثور في الحالة الأولى، أما في الحالة الثانية أي إذا كان التلقيح الاصطناعي قد تم بين الحيوان المنوي للزوج والبويضة من الزوجة وتم الاستعانة برحم الزوجة الثانية لنفس الزوج،هنا يثبت نسب المولود إلى الزوج لأن ماءه استعمل داخل نطاق الزوجية،حيث أن المرأتان صاحبة البويضة و صاحبة الرحم زوجتان له ويثبت نسبه من الزوجتين باعتبار كل منهما أما له ، لأن كلا منهما ساهمت في تكوينه بما تستحق به صفة الأم فصاحبة البويضة تسمى الأم البذرية أو الأم البيضية ، وصاحبة

الرحم تسمى الأم الوالدة أو الرحمية وكلتاهما تعاملان معاملة الأم فيما يترتب على النسب من أثار، ماعدا الحضانة فهي من حق الأم الوالدة لأنها تكملة للحمل و الولادة[92] .

أما إذا كانت الأم البديلة غريبة عن الزوج فيجب التمييز بين حالتين :

- **الحالة الأولى :** إذا كانت الأم البديلة متزوجة اختلف الفقهاء بين رأيين ، حيث يرى جانب من الفقهاء أن المولود ينسب لزوجها صاحب الفراش ما لم ينكره بالطرق الشرعية لأن الطفل ولد على فراشه ، كما لا يستطيع زوج المرأة صاحبة البويضة أن يكون هو أب الطفل غير أن زوج المرأة الحامل يحق له أن ينكر نسب الطفل بإثبات انتفاء الحقيقة البيولوجية[93]. أما أصحاب الرأي الثاني فأرجعوا نسب المولود لصاحب المني ، حيث ينسب لزوج صاحبة البويضة التي لقحت بنطفته ، وتثبت له كل الحقوق المترتبة على ثبوت النسب ، وذلك لما يأتي :

- أن الجنين قد انعقد من بويضة امرأة وماء رجل بينهما نكاح شرعي صحيح ، وكون هذه العملية محرمة لا يؤثر في نسبة الولد إلى أبويه ، لأن التحريم قد عرض بعد الانعقاد بسبب استعمال رحم المرأة المتبرعة استعمالا غير مأذون فيه شرعا،وعليه فالتحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين،بل من طريقة تغذيته التي نتج عنها نماؤه وتكامله،فهو أشبه ما يكون بطفل غداه أبواه من حرام حتى كبر، فهما أثمان بذلك،لكن هذا لا يقطع عنهما نسب ابنهما[94] .

- نسب المولود لصاحب النطفة قياسا على نكاح الشبهة الذي يثبت فيه النسب للواطئ لا صاحب الفراش.

- **الحالة الثانية :** إذا كانت الأم البديلة غير متزوجة ، فإن الطفل المولود لا ينسب لأبيه بل يأخذ حكم ابن الزنا وينسب إلى أمه لأنه ليس هناك فراش صحيح ينسب إليه[95] .

2- نسب الطفل المولود من جهة الأم : لم يكن نسب الولد إلى أمه يثير إشكالا قبل ظهور تقنيات التلقيح الاصطناعي التي مكنت من تجزئة الأمومة بين من شاركت ببويضتها ومن حملت ووضعت ، لأن المولود كان ينسب للمرأة التي حملت و وضعت حكما بالظاهر[96]. ولقد انقسم الفقه إلى رأيين :

- **الرأي الأول :** يرى أن الأم صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية و استدلوا على رأيهم بـ :

- أن النسب يقوم على الحقيقة البيولوجية، فالنطفة هي بداية خلق الإنسان فقد ذكرت القرآن الكريم إما باسم الماء المهين، الماء الدافق والمني[97] ومن ذلك قوله تعالى " **قُتِلَ الْإِنْسَانُ مَا أَكْفَرَهُ (17) مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ (18) مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَّرَهُ (19)** " [98].

- إن المرأة صاحبة الرحم لا تعطي الطفل سوى الغذاء ، دون الصفات الوراثية ، حيث أن البويضة المخصبة خارج الرحم لا تتأثر عند نقلها إلى رحم الزوجة الثانية بالعوامل الوراثية للأخيرة[99].

- أن المرأة صاحبة البويضة قياسا بالأب صاحب النطفة هي الأم الحقيقية .

- إن عدم اختلاط الأنساب في هذه العملية مضمون .

- **الرأي الثاني :** اعتبروا أن الأم صاحبة الرحم هي الأم الحقيقية و المولود ينسب إليها ، و استدلوا على قولهم بـ :

- أن الأم صاحبة الرحم هي التي حملت و وضعت لقوله تعالى **"الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ"**[100] .

- إن جوهر الأمومة يكون بالبذل والعطاء،وبهذا المفهوم فإن المرأة الأجدر بوصف الأم هي التي تبرعت بالحمل. والأمومة لا تعتمد على العوامل الوراثية وحدها، وإن كان لها أهميتها في تكوين الجنين،إلا أن الأمومة أوسع و أشمل علميا وشرعيا[101] .

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد سبق القول بأنه يجرم هذا النوع من الحمل وبالتالي فإذا حدث هذا الفعل فإن الطفل ينسب إلى الأم التي وضعت وفقا للعرف المعمول به، لأن معظم القوانين تأخذ بواقعة الولادة ولا تلتفت للحقيقة البيولوجية [102].

ومن وجهة نظرنا نرجح الموقف الذي يمنح نسب المولود بواسطة إجارة الرحم إلى الأم صاحبة البويضة كونه يحمل الصفات الوراثية لها ولزوجها وهذا حفاظا على رابطة النسب بين المولود و أمه و زوج الأم،أما الأم البديلة فتكون قرابته بها كحكم الأم بالرضاعة

و بالتالي يحرم عليه الزواج بها أو بأبنائها وتسري على فروعه نفس الأحكام الرعية الخاصة بالزواج كما لو كانت أمه البيولوجية.

المطلب الثاني : نسب المولود الناتج عن عمليات زرع الأعضاء و الغدد التناسلية

يختلف نسب الطفل الناتج عن نقل وزرع الغدد التناسلية الحاملة للشفرة الوراثية عن نسب ذلك المولود الناتج عن زرع الأعضاء التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية للمتبرع، وهو ما يتم توضيحه من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول : نسب الطفل الناتج عن عملية زرع الغدد التناسلية الحاملة للصفات الوراثية

إن نقل الخصية و المبيض بما يحتويانه من صفات وراثية يؤدي إلى إشكالات شرعية وقانونية تتعلق بنسب المولود و ما ينتج عن ذلك من أثار على علاقته بأسرته،كما أننا نكون أمام نسب مزور للطفل . ويرى الدكتور محمد سليمان الأشقر،أن الولد ينسب للمتلقي نسبة صحيحة بحجة أن العضو عضو المتلقي لا علاقة له بالمصدر لأن الغدة بعد غرسها في جسد المتلقي تكون جزءا من أجزائه، وما يولد فيها من حيوانات منوية فهو ناشئ من ذات جسد المتلقي حقيقة طبيعية وشرعية [103].

فإذا ما نقلنا من أنثى إلى شقيقتها ونحن نعلم أن زراعة الغدد من الأقارب تكون كبيرة، إذا ما نقلنا هذا المبيض من الأخت إلى شقيقتها فإن الأبناء الناتجين من هذه الشقيقة سوف يكونون من الناحية الوراثية للأخت التي نقل منها المبيض،و لا يحملون أية صفة وراثية للأم المنقول لها المبيض،بل إنه لا يبالغ في ذلك أنه قد يحدث أن ينقل المبيض من الأم إلى ابنتها،و بالتالي تكون الذرية الناتجة من الأنثى المنقول لها المبيض في الحقيقة هم إخوتها و أخواتها غير الأشقاء من الناحية الوراثية " . [104]

الفرع الثاني : نسب الطفل الناتج عن عمليات زرع الأعضاء التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية

تتمثل الأعضاء التناسلية الغير حاملة للصفات الوراثية كما سبق قوله في الخصيتين والرحم ، وأغلب الفقهاء لا يرون مانعا من نقله من شخص إلى أخر، غير أنهم اختلفوا في مسألة نسب المولود الناتج عن هذا العضو المزروع سواء الرحم أو المبيض، حيث يرى البعض أن نسب المولود يعود إلى الأم التي حملته و زوجها مادامت البويضة ناتجة من مبيضها وملقحة بمني زوجها .

كما يرى البعض الأخر أن المرأة المتبرعة برحمها تكون في منزلة الأم بالرضاعة بالنسبة للمولود و تأخذ حكمها، أما نسبه فيرجع للأم التي حملته .

الخاتمة:

لقد ساهمت العمليات الحديثة في مجال الإنجاب بحل مشكلة العقم لكنها خلفت مشاكل خطيرة تمس برابطة النسب، خاصة في ظل الفراغ القانوني المنظم لهذه العمليات.

أ- النتائج :

- لا يلجأ للوسائل الحديثة الإنجاب إلا في حالة استحالة الحمل بالجماع الطبيعي .

- إجازة التلقيح الاصطناعي بين الزوجين متى كان وفق الضوابط الشرعية والقانونية المحددة له .

- تحريم الإنجاب الذي كان بواسطة الاستعانة بطرف غريب عن العلاقة الزوجية سواء كان بخلية تناسلية أو عضوا تناسليا (إجارة الرحم) .

- يرجع ثبوت نسب المولود من جهة الأب بطريقة إجارة الرحم لصاحب الفراش إذا كانت الأم البديلة متزوجة و يأخذ حكم ابن الزنا إذا كانت غير متزوجة .

- نقص الحماية الجنائية للنسب في ظل المستجدات الطبية الحديثة في مجال الإنجاب .

ب - الاقتراحات :

- على المشرع تجريم الاستعانة بالأم البديلة في عملية التلقيح الاصطناعي ، في حالة اللجوء إليها سواء داخل الإقليمي الوطني أو خارج إقليم الجمهورية تجنبا لإفلات الجناة من العقاب.

- اعتبر المشرع الاستعانة بالأم البديلة و مخالفة شروط التلقيح الاصطناعي من الجنح المشددة و كان الأنسب في ذلك إعطائها وصف الجناية كونها تتعلق برابطة مقدسة الاعتداء عليها لا يقل خطورة على الاعتداء على النفس البشرية .

- يجب على المشرع إتباع الأحكام الجزائية المنصوص عليها في المادتين 434 و 435 من قانون الصحة بجرائم مستقلة يحدد فيها بدقة الركن المادي المشكل لتلك الجرائم .

- على المشرع الجزائري بصفة خاصة والتشريعات الوضعية بصفة عامة الفصل في مسألة ثبوت نسب المولود الناتج عن زرع الأعضاء التناسلية بنصوص صريحة ، وتجريم عمليات زرع الغدد التناسلية الحاملة للصفات الوراثية حفاظا على رابطة النسب من الاختلاط .

- على المشرع إفراد قانون خاص بالوسائل الحديثة في عملية الإنجاب و تحديد الضوابط القانونية الخاصة بها بدقة ، مع تحديد المسؤولية المدنية و الجزائية لأطراف العملية .

الهوامش:

[1] بغدالي الجيلالي ، 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 بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ،سنة 2014، ص 20 .

[2] الصالح شيخ بشير ، الحماية الجنائية للجنين في ظل الممارسات الطبية الحديثة – دراسة مقارنة - ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2012-2013 ، ص 57 .

[3] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق، ص 22 .

[4] يوسف مسعودي ، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري ، مجلة دراسات و أبحاث ، المجلة العربية في الأبحاث الإنسانية والاجتماعية ، العدد 24، سبتمبر2016 ، ص 110 .

[5] زبيدة إقروفة ، التلقيح الاصطناعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، ص 43 .

[6] بلباهي سعيدة ، إجارة الرحم و أثرها على النسب ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير قانون خاص فرع قانون الأسرة ،كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 1 ،السنة الجامعية 2014 ، 2015 ، ص 16.

[7] بلباهي سعيدة ، المرجع نفسه ، ص 13 .

[8] زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ، ص 44 .

[9] فاطمة يوسفاوي ، المسؤولية الجنائية في عمليات التلقيح الاصطناعي ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار ، الجزائر ، العدد 29 ، ص 298 .

[10] محمود سعد شاهين ، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة و موقف الفقه الإسلامي منها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، سنة 2010 ، ص 118.

[11] محمود سعد شاهين ، المرجع نفسه، ص 118 .

[12] للمزيد من التفصيل انظر ، محمود سعد شاهين ، المرجع نفسه ، ص ص 119 ، 124 .

[13] للمزيد من التفصيل راجع ، بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص64 ، ومحمود سعد شاهين ، المرجع نفسه ، ص ص 128 ، 149 ، و محمد فياض،نظام الأم البديلة أثاره الأخلاقية في العالم الإسلامي، المركز الدولي الإسلامي، ص ص96،94 .

[14] يوسف مسعودي ، المرجع السابق ، ص4 .

[15] محمود سعد شاهين ، المرجع السابق ، ص ص 128 ،129 .

[16] محمود سعد شاهين ، المرجع نفسه ، ص 132.

[17] يوسف مسعودي ، المرجع السابق ، ص 4.

[18] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 70 .

[19] بغدادي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 7 .

[20] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص71 .

[21] زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ، ص 48 .

[22] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 7 .

[23] زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ، ص 48 .

[24] قادة بن علي، موقف الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري من التلقيح الاصطناعي، مجلة الراشدية، المركز الجامعي مصطفي اسطمبولي، معسكر، الجزائر، 2008، العدد الأول، ص 58.

[25] زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ، ص 48 .

[26] العربي بلحاج، المبادئ الشرعية و القانونية و الأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد و المقارن، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013، العدد 15، ص19.

[27] سكريفة محمد الطيب ، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، السنة الجامعية 2016 -2017 ، ص 18 .

[28] المادة 371 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 02 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 .

[29] سكريفة محمد الطيب ، المرجع السابق ، ص 20 .

[30] مصطفى بن وارث، مذكرات في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، 1995، ص 152.

[31] أصدرت المحكمة الأمريكية في القضية الشهيرة Roe. V . Wade ، مجموعة من القرارات تقضي بعدم دستورية قوانين الإجهاض في بعض الولايات الأمريكية باعتبارها تنتهك مبدأ الخصوصية والحرية الشخصية الذي تضمنه الدستور ، و تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعية سيدة حامل غير متزوجة مقيمة بتكساس ، قامت برفع دعوى ضد قانون الإجهاض في هذه الولاية ، حيث يمنع الإجهاض باستثناء حالة إنقاذ حياة الحامل .

[32] الصالح شيخ بشير، المرجع السابق ، ص 96 .

[33] عادل بن علي، الملتقى من فتاوي الشيخ صالح بن فوزان، الجزء 5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999، ص 302 .

[34] أميرة عدلي، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، مصر ، 2006، ص 340.

[35] الصالح شيخ بشير، المرجع السابق ، ص 118 .

[36] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 17 .

[37] حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ،دار الكتب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص145.

[38] زبيدة إقروفة ، المرجع السابق ، ص 45 .

[39] رضا عبد الحليم عبد المجيد ، الحماية القانونية للجينوم البشري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 2001 ، ص ص 281 ،282 .

[40] عرف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012، ص144.

[41] نوازل جمع نازلة واقعة أو حادثة مستجدة لم تعرف في السابق، و في الاصطلاح الوقائع العديدة التي لم يسبق فيها نص أو اجتهاد و المعاصرون يغلب عليهم استعمال مصطلح المستجدات في النوازل المعاصرة .

[42] بلباهي سعيدة، المرجع السابق ، ص 112.

[43] عارف القره داغي،المرجع السابق ص119 و بلباهي سعيدة، المرجع نفسه ، ص 112 .

[44] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 57 .

[45] سورة المرسلات الآيات 20،21،22.

[46] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق، ص 57 .

[47] سورة النساء الآية 23.

[48] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 115.

[49] سورة لقمان الآية 14.

[50] سورة الطلاق الآية 6.

[51] سكريفة محمد الطيب ، المرجع السابق ، ص 72 .

[52] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 117.

[53] سكريفة محمد الطيب ، المرجع السابق ، ص 72 .

[54] سورة المعارج الآيات 29،30،31 .

[55] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 58 .

[56] كريم عبود جبر، استئجار الأرحام و الآثار المترتبة عنه، مجلة أبحاث ، كلية التربية الأساسية ، جامعة الموصل ، العراق ، المجلد 09 ، العدد 3 ، 2010 ، ص246 .

[57] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 117.

[58] المراد بدرء المفاسد دفعها و رفعها و إزالتها فإذا تعارضت مفسدة و مصلحة فدفع المفسدة مقدم في الغالب و ذلك لأن اعتناء المشرع بترك المنهيات أكثر من اعتنائه بفعل المأمورات لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي. محمد صرفي بن أحمد الغزي ص 265 نقلا عن بلباهي سعيدة ، المرجع نفسه ، ص 118.

[59] بلباهي سعيدة ، المرجع نفسه ، ص 123.

[60] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 58 .

[61] بلباهي سعيدة ، المرجع نفسه ، ص 133.

[62] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 132 .

[63] محمود أحمد طه ، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 161 .

[64] *Noëlle Lenoir ,Au frontières de la vie , une étique biomédical à la française , paris , 1991, P38.*

[65] قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 02 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 .

[66] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة -،الكتاب الثاني ، الجزء الأول، دار هومة، ص129 .

[67] لمزيد من التفاصيل حول عمليات زرع الخصيتين راجع محمد علي البار، الوقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، 1991 ، ص ص 248 ،264 .

[68] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 103.

[69] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة - ، الكتاب الثاني ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 133.

[70] محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص 276 .

[71] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة - ، الكتاب الثاني ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 133.

[72] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 106 .

[73] مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة - ، الكتاب الثاني ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 134.

[74] سورة النساء ، الآية 119 .

[75] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق، ص 76 .

[76] عبد الحميد زلافي ، أثر الأعضاء التناسلية و البويضات الملقحة على حفظ النسل ، مجلة الشهاب ، العدد الأول ، 2015 ، ص 71 .

[77] أميرة عدلي ، المرجع السابق ، ص 180 .

[78] زينب التازي و أمين الإدريسي ، الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون ، بحث لنيل شهادة الإجازة في القانون ، جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية ، سنة 1990 ، ص 21 .

[79] محمد بشير جمعة ، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ، مجلة الجامعة ، العدد السابع ، سنة 2005 ، ص 193 .

[80] محمد بشير جمعة ، المرجع نفسه ، ص 193 .

[81] أسماء سعيدان ،الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية و التلقيح الاصطناعي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص القانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2012 - 2013، ص 194 .

[82] محمد بشير جمعة ، المرجع السابق ، ص 194 .

[83] عارف القره داغي و علي يوسف المحمدي ، القضايا الطبية المعاصرة ، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، 2006 ، ص 206.

[84] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 80 .

[85] أسماء سعيدان ، المرجع السابق ، ص 199.

[86] أسماء سعيدان ، المرجع السابق ، ص 199 .

[87] يوسف مسعودي ، المرجع السابق ، ص 118 .

[88] الشيخ جاد الحق علي جاد الحق ، التلقيح الإصطناعي ، مجلة الفتاوى الإسلامية ، العدد التاسع ، سنة 1980 ، ص 3213 .

[89] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 84 .
[90] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 167 .
[91] سكريفة محمد الطيب ، المرجع السابق ، ص 85.
[92] محمد بشير جمعة ، المرجع السابق ، ص 195 .
[93] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 85 .
[94] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 168 .
[95] سكريفة محمد الطيب ، المرجع السابق ، ص 85.
[96] بلباهي سعيدة ، المرجع السابق ، ص 69 .
[97] حسني محمود عبد الدايم ، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2007 ، ص 260 .
[98] سورة عبس ، الآيات 17 ، 18 ، 19 .
[99] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 87 .
[100] سورة المجادلة ، الآية 02 .
[101] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص ص 86 ، 87 .
[102] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 132 .
[103] محمد سليمان الأشقر ، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 129 .
[104] بغدالي الجيلالي ، المرجع السابق ، ص 130 .