قوائم المحتويات متاحة على ASJP المنصة الجزائرية للمجلات العلمية
الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية
الصفحة الرئيسية للمجلة: www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/552

إشكالية نسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزّوجيّة

ـ دراسة مقارنة ـ

Problematic proportions of child resulting from artificial insemination outside marital relationship

- comparative study -

يعقوب بلبشير [1] * ، محمد طيب عمور [2]
[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف – الجزائر
[2] كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف – الجزائر

Key words:

Artificial Insemination,

Filiations,

surrogate mother,

surrogacy,

In vitro fertilization.

Abstract

Modern medicine has been able to create effective ways to stop infertility and its causes, by allowing procreation through artificial insemination. It is the insemination and procreation without normal sexual intercourse between male and female. However, insemination operations raised and still raising legitimate and legal and even social issues, in the matter of child's filiation. A doctrinal legal and legitimate disagreement has emerged about it. instead that all appear to agree that the filiation is established to the father if the intercourse happened between the spouses during the marriage relationship. but if the artificial insemination in his prohibited way, happening out of wedlock, by using the sperm of another man other than the spouse, known as third party intervention. This may impact the filiation relationships between the artificial insemination parties, as the third party may donate a male sperm or a female egg, or a uterus to bear the egg, called surrogacy. this method is religiously prohibited and the filiation determination in this way remains highly controversial among religious scholars, and poses the problematic of the child filiation. Jurisprudence and comparative legislation are divided between supporters and opponents. The Algerian legislator has decided to prohibiting maternal surrogacy and putting conditions to insemination according to act 45 bis of Algerian family code.

معلومات المقال
تاريخ المقال:
الإرسال :2019-09-06
المراجعة : 2020-04-13
القبول : 2020-04-26

الكلمات المفتاحية:
التلقيح الاصطناعي،
النسب،
الأم البديلة،
الرحم الظئر،
استئجار الرحم،
أطفال الأنابيب.

ملخص

لقد استطاع الطب الحديث أن يبتكر طرقا فعالة للقضاء على العقم وأسبابه، حيث أتاح فرصا للإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي، إلا أن عمليات التلقيح الاصطناعي أثارت ولا تزال تثير إشكالات شرعية وقانونية وحتى اجتماعية، بخصوص إثبات نسب المولود الناتج عن هذه التقنية. حيث ظهر خلاف شرعي وقانوني حولها، بالرغم من أن الجميع متفق على أن النسب يثبت للولد لو تمت العملية بين الزوجين أثناء العلاقة الزوجية، لكن إذا كان التلقيح الاصطناعي في صورته المحرمة والواقع خارج إطار العلاقة الزوجية، أي إذا تم التلقيح بمني رجل أجنبي عن امرأة لا يربط بينهما عقد زواج، والمعبر عنها بتدخل الغير. فإن هذا قد يؤثر على علاقات النسب بين أطراف عملية التلقيح الاصطناعي، والغير قد يكون متبرعا بنطفة مذكّرة أو بيضة مؤنّثة، أو برحم لحمل البويضة وتسمى الأم البديلة. وهذا الأسلوب محرم شرعا؛ ويبقى تحديد نسب المولود الناتج عن هذه الصورة يثير خلافا كبيرا بين الفقهاء، ويطرح عدة إشكالات حول نسب هذا الولد؟. وهو شأن الفقه القانوني والتشريعات المقارنة التي انقسمت إلى مؤيد ومعارض. أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر بحظره استخدام تقنية الحمل لحاسب الغير وأخضع التلقيح إلى شروط حصرها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

* Corresponding author at: Faculty of Law and Political Science. Hassiba Ben Bouali University of Chlef. ALGERIA
Email : Bachiryacoub65@gmail.com

1ـ مقدمة

أصبح الإنجاب الذي كان يحدث بالاتصال الجنسي الطبيعي ألا وهو الجماع، ممكنا اليوم بدون اتصال جنسي ولم يصبح حكرا على الزوجين، أي من قبل علاقة شخصية بين الزوجين، بل أصبح يتعداهما لطرف ثالث يتدخل لحدوث الحمل، كل ذلك أصبح يتم عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي[1]، فقد يكون في نطاق العلاقة الزوجية بضوابط شرعية وهو أسلوب شرعيا، وقد يكون بأحد الزّوجين عيبٌ مَرَضِيٌّ يؤدّي إلى عدم إتمام عمليّة التّلقيح الاصطناعي ممّا يتطلّب تدخّل الغير في هذه العمليّة باعتباره طرفاً فيها حتّى يمكن إتمامها، وتدخّل الغير هذا قد يؤثّر على علاقات النّسب[2] بين أطراف عمليّة التّلقيح الاصطناعي، وهو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي بواسطة الغير. والغير قد يكون متبرّعاً بنطفة مذكرة، أو ببويضة مؤنثة، أو رحم لحمل البويضة.

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية[3] بكل صوره، فعندما يلقح رجل امرأة بهذه الصورة فإنه يكون قد وضع بذرته في حرث لا يحلّ له، وهذا ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها.

غير أن هذا لا ينفي أن بعض الفقه القانوني يؤيّد عملية التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير وعن طريق الأم البديلة، باعتبار هذه الوسيلة مبررة للقضاء على مشكلة العقم وأهلا في تحقيق رغبة الزوجين في الحصول على طفل، فالتبرع بالنطفة يؤدي إلى مساعدة الأسر التي تعاني من العقم في الإنجاب[4]. ويتبنّى دعاة الحرية الفردية نظام تأجير الأرحام، وهم يرون أن تظل دائما بمنأى عن التجريم القانوني لما في هذه العملية من مساعدة للزوجين على تحقيق رغبتهما في الحصول على الولد[5]. أما رأي القانون في النسب الواقع خارج العلاقة الزوجية، وباعتبار المجتمع الغربي هو منشأ فكرة التلقيح الاصطناعي، عمدت المؤسسات التشريعية إلى وضع تنظيمات لهذه الممارسات ليس قصد المنع والتجريم وإنما إلى تقنينها وإكسابها طابع الرسمية والشرعية والعلنية[6].

بينما الملاحظ على المنظومة القانونية في البلدان العربية وجود فراغ تشريعي في مجال هذه المستجدات الطبية، مع جمود النصوص القانونية المعمول بها، فمعظم هذه البلدان قد آثرت السكوت المطلق عن طريقة الإنجاب بالمساعدة الطبية، ولم تتعرض قوانينها لذلك لا بالتحريم ولا بالإباحة، باستثناء المشرع الليبي الذي انفرد بكونه أول بلد عربي قنّن موضوع التلقيح الاصطناعي وأدخله على المنظومة التشريعية الليبية وذلك في القانون رقم 175 لسنة 1972[7]. ثمّ حذا حذوه المشرع التونسي في القانون رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي[8]، والذي حصر إمكانية اللجوء إلى تقنيات الطب الإنجابي في علاقة الزواج[9].

كما سمح التشريع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة في 27 فبراير 2005 بموجب الأمر 05-02 بإجراء التلقيح الاصطناعي بنص المادة 45 مكرر، ومنع التلقيح بماء غير الزوج صراحة. لكن القول بعدم المشروعية لا يعني تجاهل الآثار التي تترتب عليه، وأولها موضوع النسب. وعليه لم يعد الاتّصال الجنسيّ الوسيلة الوحيدة للإنجاب، إنّما وجد بجانبه وسيلة أخرى تعرف بالتّلقيح الاصطناعي الّذي أصبح بواسطته أن يحدث الحمل والوضع دون اتّصال جنسيّ بين الرّجل والمرأة، وبذلك أصبحت هناك صعوبات ومشاكل في تحديد النّسب النّاتج عن عمليّة التّلقيح الاصطناعي، خصوصاً إذا كان هذا التّلقيح بتدخّل طرف ثالث في العمليّة، أي بنطفة رجل أجنبي فما حكم نسب هذا الولد بالنّظر إلى هذه الحالة؟ خاصّة إذا علمنا أنّ الإشكال لا يطرح بالنّسبة للأم باتّفاق المدارس الفقهية والقانونية.

الأمر الّذي سوف نوضّحه من خلال موقف الفقه الإسلامي من نسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزّوجيّة (المبحث الأوّل)، والموقف التّشريعي من إثبات نسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزّواج (المبحث الثّاني).

2. المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي من نسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزّوجيّة

لقد انقسم الفقهاء حول نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي إذا تمّت العمليّة خارج إطار العلاقة الزّوجيّة، فمنهم من يرى أنّ الأب هو صاحب النّطفة، ومنهم من يرى أنّه لا أبَ للمولود. فنسب الولد ملحق بأمّه، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد النّسب في حالة التّبرّع بنطفة مذكّرة (المطلب الأوّل)، ثمّ تحديد النّسب في حالة التّبرّع بالحمل (المطلب الثّاني).

2. 1. المطلب الأول: تحديد النّسب في حالة التّبرّع بنطفة مذكّرة

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ هذا الأسلوب محرّم شرعاً؛ غير أنه لا بدّ من تحديد نسب هذا الطّفل في هذه الحالة طبقاً للقواعد العامّة في النّسب. الأمر الّذي يقتضي التّفرقة بين فرضين: الأوّل إذا كانت المرأة متزوّجة (الفرع الأوّل)، والثّاني إذا كانت المرأة غير متزوّجة (الفرع الثّاني).

2. 1.1. الفرع الأول: تحديد النّسب في حالة المرأة المتزوّجة

نفترض هنا أنّ المرأة المتزوجة هي التي يتمّ تلقيحها بنطفة رجل أجنبي عنها وهي متزوجة برجل آخر، وهنا تكمن الصعوبة في تحديد نسب الطفل لجهة الأب.

أولا ـ نسب الولد لجهة الأب: إنّ الزوجة بحكم عقد الزواج مقصورة على زوجها في الاستمتاع بها. فإذا كانت المرأةُ المستأجرة ذاتَ زوج فإن نسب المولود يثبت لزوجها، ولا يتبع صاحب النطفة[10]. فالولد الذي تلده الزوجة يلتحق نسبه بمن يحل له شرعا الاتصال بها اتصالا جنسيا وهو الزوج. ولمّا كان النّسب يثبت في جانب الرجل بالفراش فإنّ هذا الفرض لا يثير أيّ صعوبة لقول

الرّسول صلى الله عليه وسلّم: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»[11]. فالولد لصاحب الفراش، وهي قاعدة كلية من قواعد الشرع تحفظ بها حرمة النكاح، وطريق اللحاق بالنسب جوازا وعدما. ويدخل التلقيح الاصطناعي في مسمّى الفراش، ويثبت النسب به بتوفر شروطه[12].

أمّا صاحب المني فإنهم اعتبروا ماءه هدرا، ولم يلحقوا به النسب حملا له على الزاني الذي ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إلحاق النسب به. ومن ثمّ يكون الزّوج في هذه الحالة أبا للطّفل شرعا ويثبت نسبه منه باعتباره صاحب الفراش إذا أقرّه صراحة أو دلالة[13].

غير أن هناك جانب من الفقه قد ذهب إلى أن الولد يثبت نسبه إلى صاحب المني الأصلي، لا إلى الزوج صاحب الفراش، استنادا في ذلك إلى أن الولد تخلّقَ من ماء أبيه، وقد علم صاحبه بوضوح فيسند إليه، وأيضا قاسوا هذه المسألة على الوطء بشبهة، أو من نكاح فاسد، الذي رجح الفقهاء فيهما ثبوت النسب من الواطئ[14].

ثانيا- إنكار نسب الولد: من المعروف أن قرينة الأبوّة ليست قرينة قطعيّة لا تقبل إثبات العكس، بل هيّ قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات، ويجوز للزّوج وكذلك للورثة رفع دعوى إنكار أبوّة الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي، ويمكن للزوج نفي نسب الولد له عن طريق اللعان، وبالنسبة للورثة عن طريق البينة. والقول بأن كل حمل تحمله الزوجة يعتبر من زوجها هو مجرد افتراض، لكنها قد تخون هذا التعهد المفروض عليها بمقتضى عقد الزواج، لذلك أجاز الشرع للزوج أن ينفي نسب الولد له بالطرق المشروعة، ويكفي للإنكار إثبات عدم قدرته على الإنجاب، وأن عدم القدرة يرد إلى ما قبل حدوث الحمل[15].

لكن هل يستطيع الزوج إنكار نسب الطفل بالرغم من موافقته على التلقيح الاصطناعي لزوجته بنطفة رجل آخر؟ ثم إذا ما أنكر الزوج نسب الولد، فهل يمكن أن ينسب الولد لصاحب النطفة؟ لا يجد الزوج في الأمر صعوبة، إذا كان تلقيح الزوجة قد تم دون علمه، ودون موافقته، إذ يجوز له شرعا نفي نسب الولد له خلال مدة معقولة من علمه بالتلقيح الاصطناعي من رجل آخر. أما إذا كان يعلم بالتلقيح ووافق عليه، فإنه يستطيع أيضا أن ينفي نسب الولد، وذلك بملاعنة زوجته، ومعلوم أنه يشترط لثبوت النسب أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة، وذلك بأن يكون بالغا، وأن يكون غير عقيم، فإذا كان الزوج عقيما وجاءت زوجته بولد بعد تلقيحها اصطناعيا بنطفة رجل آخر، فإن نسب الولد لا يثبت منه لاستحالة الحمل منه، لكن يشترط لنفي نسب الولد أن يكون النفي بعد الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو نحوه إلى سبعة أيام مدة التهنئة بالمولود، فإن نفاه بعدئذ لا ينتفي. وأما إذا لم يبادر الزوج بإنكار نسب الولد في المدة المذكورة، فإن سكوته يعد حينئذ إقرارا ضمنيا بنسب الولد له[16].

لكن ما الحكم إذا طلب صاحب النطفة الأجنبية استلحاق الولد؟ إذا أثبت الزوج عدم قدرته على الإنجاب، وأنكر نسب الولد له؛ وبالمقابل طلب صاحب النطفة الأجنبية أن ينسب الولد له، ومعلوم أن هذه الحالة تشبه حالة انتساب ولد الزنا للزاني. وقد اختلف فيها العلماء على مذهبين: المذهب الأول لا يلحق نسب ولد الزنا بالزاني إذا ادّعاه، أما المذهب الثاني: فيلحق نسب ولد الزنا بالزاني إذا ادّعاه، أي أن الولد إذا ادّعاه صاحب الفراش والزاني، ألحق بصاحب الفراش، فإن انفرد الزاني بدعواه ألحق به. وإذا ألحقناه بمن ادّعاه، فإننا بذلك نقيم العدل، فلا نظلم المولود ونعاقبه على ذنب لم يرتكبه، وفي الوقت ذاته نقيم العقوبة المقررة على الزاني[17].

2. 1. 2. الفرع الثاني: تحديد النسب في حالة المرأة غير المتزوجة

إن الزواج يعد الوسيلة الشرعية الوحيدة والطبيعية للإنجاب، وهو أساس النظام الاجتماعي، وعليه فإن صورة المرأة غير المتزوجة والتي ترغب بممارسة دورها في الأمومة بالإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي تعد صورة شاذة في نظر الشرع والقانون. ذلك أن هذا النوع من التلقيح الاصطناعي ليس له أي مبرر شرعي ولا قانوني، لأنه يتنافى والمقاصد الشرعية للزواج، ومخالف للنظام والآداب العامة والتي أساسها صون الأعراض وحفظ الأنساب من الاختلاط.

الواقع أنّه إذا كانت المرأة غير متزوجة لا تثور أية صعوبات عملية في إثبات النسب، حيث أن المرأة التي تم تلقيحها بنطفة المتبرّع هي أم الطفل من الناحية القانونية والبيولوجية. فالبويضة التي تم تلقيحها هي بويضتها، ومن ثم ينسب إليها حقيقة. كما أنها هي التي ولدته، والوضع قرينة على الأمومة، بل هو قرينة لا تقبل نفيها بعد ذلك[18]. لكن الطفل يعلن هنا باسم أمّه وبأب غير مسمّى. غير أنّ الطفل قد يطلب بعد ذلك معرفة أصله الحقيقي، والبحث عن أبيه المتبرع بالنطفة. ولا سبيل أمامه إلا أن يثبت ذلك بالبينة؛ فإذا ادّعى الطفل أن فلانا أبوه، فأنكر المدّعى عليه ذلك، فأقام المدعي وهو الطفل البينة على دعواه، قبلت هذه الدعوى، وثبت النسب بها، سواء كان المدَّعَى عليه حيا أم ميتا[19].

لكن هل يستفيد الطفل من هذا الإثبات، ويقترن بأبيه الحقيقي؟ قد يصعب الأخذ بهذا الإثبات من الناحية الشرعية، فثبوت النسب من الرجل له أسباب متعددة ليس منها الزنا؛ لأن الشريعة الإسلامية أهدرت ماء الزنا، وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من اعتباره مثبتا للنسب، وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « **الولد للفراش وللعاهر الحجر** »[20].

وفيما يخص طلب المتبرع إلحاق ابنه به، فإنه يجوز أن يقرّ الرجل ببنوة مجهول النسب، إن لم يكذبه العقل أو العادة. فهذا النوع من الإقرار ليس فيه تحميل النسب على غير المقر، فيثبت به النسب من غير حاجة إلى بيان السبب من زواج صحيح أو فاسد، أو اتصال بشبهة؛ لأن الإنسان له ولاية على نفسه، فيثبت النسب بإقراره متى توافرت شروطه المعتبرة شرعاً[21].

وإن كان الزوج أجنبيا عن الزوجة ولا تربطه بها أية صلة مشروعة، وكانت هذه المرأة خلية من الزوج، فالمسألة محلّ خلاف بين الفقهاء، فالقول عند أغلبهم[22] ألاّ ينسب الولد لصاحب الحيوان المنوي لأن ابن الزنا لا ينسب لأب. ويرى آخرون - قياسا على حالة الزنا - أن ينسب الولد للزاني إذا كانت المرأة خلية من زوج أو أقيم عليهما الحد[23].

2.2. المطلب الثاني: تحديد النسب في حالة التبرع بالحمل

سوف نتطرق لأدلة الفريق المؤيد لنسب الطفل لصاحبة البويضة وزوجها (الفرع الثاني)، ثم إلى حجج الفريق الثاني المؤيد لنسب المولود لصاحبة الرحم المستعار وإلى زوجها (الفرع الثاني).

1.2.2. الفرع الأول: تحديد النسب في حالة الأم صاحبة البويضة

يرى بعض الفقهاء أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة، وأما صاحبة الرحم فتكون بمثابة الأم من الرضاع، حيث أثبت العلم أن الجنين بعد زرعه في رحم المرأة المستعارة لا يستفيد منها غير الغذاء، فالأم النَّسَبِيَّة والحقيقية هي صاحبة البويضة، أما صاحبة الرحم المستأجر التي حملته وولدته فهي مثل أم الرضاع[24]، وهذا ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي في إحدى قراراته التي جاء فيها: "يقرر المجمع أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين...أما الزوجة المتطوعة بالحمل فتكون في حكم الأم الرضاعية للمولود "[25].

إن هذه البويضة الملقحة لو أنها أتمت مراحل حياتها في أنبوبة الاختبار فخرج الولد منها إنسانا سويا، فهل الأم هي أنبوبة الاختبار، أم إنها هي صاحبة البويضة. ذلك بدليل أن صاحبة البويضة تشارك في تكوين الجنين بنصف الصفات الوراثية عن طريق مشاركتها نصف عدد الكروموسومات للخلية الجنينية الأولى، وأما المرأة الأخرى صاحبة الرحم فهي لا تشارك بشيء من الصفات الوراثية للجنين، وبذلك فهي لا تعدو أن تكون مجرد حاضنة لتغذية الجنين[26].

وينتهي هذا الرأي إلى القول بنسب المولود إلى أبويه اللذين جاءت البويضة الملقحة منهما. بدليل أن اللقيحة من ماء وبويضة زوجين بينهما علاقة زواج شرعي فينسب الجنين إليهما وإن كان هذا النوع من الإخصاب محرم إلا أن ذلك لا يؤثر على النسب، وذاك أن التحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين وإنما عن طريق تغذيته التي نتج عنها نماؤه وتكامله[27].

2.2.2. الفرع الثاني: تحديد النسب في حالة الأم التي حملت وولدت

يرى جانب من الفقه أن المرأة التي ينسب لها الولد ليست صاحبة البويضة، بل هي التي حملته وولدته، وأما صاحبة البويضة فتكون بمثابة الأم من الرضاع، فهم ينظرون إلى الولد بمنظار الولادة، فيثبتون النسب إلى التي تلده. وباعتبار أن الأم التي أعطت البويضة تفتقر لمعاني الأمومة بينما الأخرى هي التي عانت مشاق الحمل والولادة، وجوهر الأمومة البذل والعطاء[28].

واستند هذا الفريق على أدلة أشارت إلى أن الأم هي التي حملت وولدت منها قوله تعالى: ﴿إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ﴾[29]، فقد حددت الآية الكريمة معنى الأمومة، حيث نفت الأمومة عن التي لم تلد الولد. كما أكده أيضاً في مواضع أخرى تحمل ذات المعنى، من ذلك قوله تعالى: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾[30]، فبيّن أن التي تحمل الولد وتضعه هي أمه، وكون الله تعالى وصف الحمل والوضع بالكره، يفهم منه أن صاحبة الحمل والولادة هي الأم والوالدة المعتبرة شرعاً، بينما خلت صاحبة البويضة من الكره قياساً على صاحبة الولادة[31].

ومن السنة ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِى بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ فِى ذَلِكَ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يُرْسَلُ الْمَلَكُ فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ** »[32].

وبعد عرض أدلة كل فريق حول تحديد نسب الطفل إلى أمه صاحبة البويضة أو التي حملت ووضعت تبيّن أن الأم هي صاحبة الرحم التي حملت وولدت، نظرا لقوة أدلة الفريق، والذي يقوي صحة هذا القول المعنى اللغوي لكلمة "الوالدة" فقد جاء في لسان العرب: الوالد: الأب. والوالدة: الأم، وهما الوالدان[33].لذلك لا مناص من القول باستبعاد المرأة صاحبة البويضة، واعتبار المرأة التي حملت ووضعت هي الأم الحقيقية، وهذا في حدّ ذاته معاملة بنقيض المقصود من اللجوء إلى الأم البديلة حتى لا تكون وسيلة إلى القيام بهذا الفعل الذي تحرّمه الشريعة.

لا شكّ أنّ في مثل هذه المسألة نحن أمام موقفين لا ثالث لهما، إما أن نلحق الولد بمن خلق من مائه وبذلك نكون قد ضمنا للولد أسرة تحميه، وإمّا أن نبقي الولد لقيطًا ليس له نسب معروف، فيعيش معذبا يلاحقه العار، وينظر إليه المجتمع نظرة حقد وبغضاء ونظرة احتقار وازدراء، وبالتالي نحن نرى بإلحاق المولود بوالده البيولوجي تخريجا على قول بعض أهل العلم بإلحاق ابن الزنا بالزاني مراعاة لمصلحة المولود الّذي لا ذنب له.

3. المبحث الثاني: الموقف التشريعي من إثبات نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج رابطة الزواج

من خلال هذا المبحث سوف نبرز موقف القانون الليبي من أساليب التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول)، ثمّ نتطرق إلى موقف المشرع التونسي من نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي (المطلب الثاني)، وبعدها إلى موقف المشرع الجزائري (المطلب الثالث).

3. 1. المطلب الأول: موقف القانون الليبي من أساليب التلقيح الاصطناعي

إن دراسة مسائل التلقيح الاصطناعي تقتضي بحث نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن القانون رقم 175 لسنة 1972 أولاً، ثم قانون رقم 17 لسنة 1986 ثانياً.

3. 1. 1. الفرع الأول: نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن قانون 1972

إن عملية تكوين الجنين من بدايتها إلى حين وضعه يشترك فيها ثلاثة عوامل أساسية، هي: الحيوان المنوي، والبويضة والرحم، وقد تتشابك هذه العوامل من عدة أطراف في نطاق الزوجية وخارجها، ما يفترض حصول التلقيح الاصطناعي في ست أو سبعة حالات، تمثل حالة واحدة من التلقيح الاصطناعي مباحة والحالات الأخرى من حيث المبدأ ممنوعة ومحرمة[34].

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون الليبي إلى اعتبارات اجتماعية تملي تجريم التلقيح الاصطناعي، وقوامها أن الأسرة تعتبر حجر الأساس، وأن السماح بهذه العملية يصطدم بعادات وتقاليد وقيم المجتمع الإسلامي[35]. كما أشارت المذكرة أيضا إلى جملة من الآيات القرآنية التي تبرر البحث عن أساس التجريم للتلقيح الاصطناعي، ومن هذه الآيات قول الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾[36]. وعلى هذا الأساس كان يُنظر إلَى التلقيح الاصطناعي على أنه جريمة يعاقب عليها القانون. حيث أضاف مادتين جديدتين إلى قانون العقوبات الليبي، إذ تضمنت المادة 403 مكرر (أ) والمادة 403 مكرر (ب).

ويفهم من هذين النصين أن التلقيح الاصطناعي جريمة عمدية تقوم على ثلاثة أركان:

أ - **الركن المفترض** (**الأنثى الملقحة**): سواء كانت عذراء أو ثيبا، متزوجة أو غير متزوجة، غير أن المشرع لم يشترط سنا معينة في المرأة محلّ الجريمة، وفي هذا انقسمت الآراء إلى رأيين:

1 - ذهب الرأي الأول إلى أن يجب أن تكون الأنثى قابلة للحمل، ومن ثم لا يتوافر هذا الركن بالنسبة لفتاة لم تصل سن البلوغ أو امرأة استأصلت الرحم أو بلغت سن اليأس[37].

2 - ذهب الرأي الثاني إلى أن القانون لم يحدد سنا معينة بالنسبة للمرأة التي تقوم بجريمة التلقيح الاصطناعي، فتقع الجريمة الصغيرة وعلى من بلغت سن اليأس، وكذلك على من لا رحم لها. لأن العبرة بوقوع الفعل لا بحصول الحمل، الذي هو نتيجة محتملة لحالات التلقيح المحرمة شرعا[38].

ب - **الركن المادي** (**التلقيح الاصطناعي**): يتم الركن المادي لعملية التلقيح الاصطناعي بأي فعل من أفعال التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي، ولا يكون جريمة إلا إذا كانت الحيوانات المنوية المنقولة من الرجل إلى المرأة من غير زوجها، أو نقل البويضة من غير صاحبتها.

ج - **الركن المعنوي** (**القصد الجنائي**): التلقيح الاصطناعي الذي يتم بين غير الزوجين، جريمة عمدية يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، وهو اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المادي لجريمة التلقيح مع علمه بأن هذا الفعل يؤدي إلى إحداث الحمل[39].

3. 1. 2. الفرع الثاني: نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ضمن قانون 1986

لقد أباح القانون رقم 17 لسنة 1986 بعض صور التلقيح الاصطناعي إذا تمت بطريق مشروع وتوافرت فيها الشروط اللازمة بمقتضى نص المادة 17 بشأن المسؤولية الطبية، التي نصت على أنه: " لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرحم، إلا عند الضرورة، وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما ". وما دام فعل التلقيح الاصطناعي استثناء عن القاعدة العامة وهي التحريم، فإنه ينبغي تطبيقه في الحالات الضرورية فقط، وفي إطار الحكمة التي دعت إلى هذا الاستثناء، بعد التأكد بشكل جدي ودقيق من توافر الشروط المطلوبة قانونا وشرعا لإباحة التلقيح الاصطناعي.

أما الشروط القانونية التي يجب أن تتوفر في عملية التلقيح الاصطناعي والتي نصت عليها المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية فهي:

1- **توافر الضرورة الداعية للتلقيح الاصطناعي**: التلقيح الاصطناعي هو وسيلة استثنائية للإخصاب، ولا يتم اللجوء إليها إلا في حالة عدم القدرة على الإخصاب بالطريق الطبيعي، واستنفاذ كل الوسائل الطبية العلاجية أو الجراحية لإزالة أسباب العقم أو عدم الإخصاب[40].

2- **أن يكون اللقاح بين الزوجين**: نصت المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية صراحة على أنه: "...وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين..."، ولإباحة عملية التلقيح الاصطناعي يجب أن يكون أفراد العملية التلقيحية تربطهم رابطة زوجية.

3- **أن يكون التلقيح بموافقة الزوجين**: نصت المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية على أنه: "لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا، وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما". ويجب أن يكون الرضا صادرا من قبل الزوجين معا، لا أحدهما فقط، كما يشترط في الرضا أن يكون صادرا عن إرادة حرة، يجب أن يكون الرضا صريحا وواضحا[41].

3. 2. المطلب الثاني: موقف المشرع التونسي من نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي

سوف نوضح أحكام التلقيح الاصطناعي الداخلي في القانون التونسي في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسوف نبين أحكام التلقيح الاصطناعي الخارجي في القانون التونسي.

3. 2. 1. الفرع الأول: أحكام التلقيح الاصطناعي الداخلي في القانون التونسي

ينقسم التلقيح الاصطناعي الداخلي إلى ثلاث صور،هي:

1 - **التلقيح بنطف الزوج أثناء حياته مع قيام الزوجية**: قد يعجز بعض الأزواج على الإنجاب بالصورة الطبيعية لسبب من الأسباب، وقد يلجأ إلى هذه الحالة عندما تكون المرأة في حالة

عقم سببها وجود مانع يمنع وصول البويضة إلى الرحم مثل تشوهات أو أمراض قناة فالوب[42].

فيما يتعلق بحكم هذه الصورة فقد نص الفصل الرابع من القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 07 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي على أنه: "لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط".

2 - **التلقيح بنطف الزوج بعد انتهاء عقد الزوجية**: قد تنحل الرابطة الزوجية بسبب الوفاة أو الطلاق، فتعمد الزوجة إلى التلقيح الاصطناعي بماء زوجها رغم حصول الفرقة بينهما.

أ - التلقيح بنطفة الزوج بعد وفاته:

اختلف العلماء في حكم هذه العملية إلى رأيين:

- ذهب البعض إلى القول بأن هذه العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعا إذا تم التلقيح بمني الزوج بعد موته وأثناء فترة العدة[43].

- وذهب الفريق الأكبر من العلماء المعاصرين إلى القول بتحريم هذه العملية بعد انتهاء الحياة الزوجية مباشرة؛ لأن الحياة الزوجية عندهم تنتهي بمجرد لحظة الوفاة[44]. وانتهت لجنة البحوث الفقهية بالمجمع الفقهي الإسلامي إلى أن التلقيح حال عدّة الوفاة أشبه بالعدة من طلاق بائن، لأنه لا يمكن للزوج مراجعة زوجته فيه، ومن هنا لا يجوز هذا العمل مطلقا[45].

ب - التلقيح بنطفة الزوج بعد الطلاق: فيما يتعلق بالقانون التونسي، فقد نص في الفصل الرابع على الزوجية كشرط أساسي لحدوث التلقيح الاصطناعي، وقيام أثره المتمثل في ثبوت النسب. أما في صورة الطلاق، فلا مجال للقيام بهذه العملية لانقطاع الرابطة الزوجية، حيث نص الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "الطلاق هو حلّ عقدة الزواج".[46] والطلاق الذي تنحل به الرابطة الزوجية هو الطلاق البائّ الذي لا يقبل أي وجه من وجوه الطعن، هذا ما أكده قرار الاستئناف الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة الذي جاء فيه أنه: "...ما لم يصدر حكم بات في الموضوع، فإن الزوجة ما زالت في عصمة زوجها..."[47].

ج - تلقيح المرأة بماء رجل أجنبي عنها: اتفق العلماء على تحريم هذه العملية تحريما مطلقا، وهذا ما تبناه المشرع التونسي الذي منع تلقيح المرأة بماء أجنبي عنها، طبقا لنص الفصل الرابع من قانون الطب الإنجابي الذي حصر عملية التلقيح بالنسبة لزوجين على قيد الحياة، واشترط الفصل الخامس من ذات القانون الحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على الموافقة الكتابية.

غير أنه بالنظر إلى توجه المشرع التونسي بعد إصداره لقانون 28 أكتوبر 1998[48] المتعلق بإسناد اللقب العائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، لم تعد دعاوى النسب تقتصر على النسب الشرعي فقط ولكن تجاوزتها لتمتد إلى النسب غير الشرعي، فإذا تمكن الطفل المولود خارج إطار الزواج من إثبات نسبه، فبإمكانه المطالبة إسناد لقب والده البيولوجي.

هذا التحليل يقودنا إلى أنه بإمكان الزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في المراكز الأجنبية التي لا تحتاط ولا تقيم وزنا للاعتبارات العقائدية للمسلم، وأمام هذا الوضع، فإن المشرع التونسي قد يفضل حتما مصلحة الطفل الفضلى المولود خارج إطار الزواج، حيث ضمن له حقه في معرفة والديه بعد إصداره لقانون 1998 والمنقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003[49].

3. 2. 2. **الفرع الثاني: أحكام التلقيح الاصطناعي الخارجي في القانون التونسي**: يعرف التلقيح الصناعي الخارجي بأنه: "عبارة عن أخذ بويضة المرأة وتلقيحها بمني الرجل خارج الجسم في أنبوب، وذلك بوسيلة طبية معينة، بعد أن يتم تكوين البويضة الملقحة تنقل إلى داخل الرحم وتزرع في الجدار ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور"[50].

وقد حدد القانون التونسي الشروط التي بمقتضاها يقع الانتفاع بعملية الإخصاب الاصطناعي، وأول هذه الشروط وجود علاقة زواج، ولا عبرة بالفترة السابقة للزواج وهي فترة الخطوبة التي هي مجرد وعد بالزواج حسب منطوق الفصل الأول من مجلة الأحوال[51].

وبخصوص تلقيح نطف الزوج ببويضة امرأة متبرعة في أنبوب، ثم زرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة، منع القانون التونسي هذه الصورة؛ لأن المشرع يشترط عقد الزوجية للانتفاع بتقنية الإخصاب الاصطناعي تطبيقا لمقتضيات الفصل الرابع من القانون عدد 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي[52]. ونفس الأمر إذا كان الرجل هو المتبرع.

كما أقر القانون التونسي أيضا بمنع صورة الإخصاب بين الزوجين مع استئجار الرحم، وهو زرع اللقيحة داخل رحم امرأة غير الزوجة. وذلك في الفصل 15 من القانون عدد 93 لسنة 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي منع هذه الصورة، فقد جاء في منطوق هذا الفصل أنه: " لا يمكن بأي صورة من الصور، في إطار الطب الإنجابي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين ".

3. 3. المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي

من خلال نص المادة 45 مكرر ق. أ.ج لا يمكن تصور التلقيح الاصطناعي إلا في إطار عقد زواج شرعي، غير أن هذا لا يمنع الزوجة من تلقيح نفسها بغير ماء زوجها سواء بعلمه، أو دون علمه، وهنا يطرح السؤال لمن ينسب هذا المولود؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من التطرق إلى شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب في ظل القانون الجزائري أولا، ثم بيان أنواع التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري من

النسب الناتج عنها ثانيا.

3.3. 1. الفرع الأول: شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب في ظل القانون الجزائري

أجاز المشرع الجزائري إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، واشترطت المادة 45 مكرر من ق.أ.ج أن يخضع التلقيح الاصطناعي للضوابط الآتية:

1ـ **أن يكون الزواج شرعيا**: يشترط لإجراء التلقيح الاصطناعي أن يكون الزواج شرعيا مكتمل الشروط والأركان المقررة بنص المادة 9 و9 مكرر من ق.أ.ج[53].

وبخصوص الزوجين المرتبطين بعقد عرفي، فلا يجوز لهما اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا[54].

ويترتب على هذا العقد أنه إذا وضعت الزوجة مولودها وفق هذه العملية وفي الآجال المحدد قانونا، فإن نسبه يلحق بزوجها تلقائيا. غير أن المشرع الجزائري وضع شروطا وقيودا في مسألة النسب الشرعي طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة، قد لا تتماشى ما نصت عليه المادة 45 مكرر من نفس القانون، هو أن المادة 41 منه علقت ثبوت النسب الشرعي بعبارة "وأمكن الاتصال" بمعنى المخالطة الجنسية بين الزوجين، علما أنه يمكن أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي، وذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي كما هو مقرر في المادة 45 مكرر. وبالتالي يمكن فهم النصوص السابقة بمفهوم المخالفة أنه لا يثبت النسب بهذه الوسيلة الحديثة للحمل[55]. وهنا يتوجب على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 41 بحيث تصبح: "... وأمكن الاتصال الجنسي أو بطريق التلقيح الاصطناعي...".

2 ـ **أن يتم التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما**: يشترط للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين رضاهما بهذه الطريقة للإنجاب[56]، وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري لم يبين شكل الموافقة المطلوبة لعمليات التلقيح الاصطناعي، مما يعني أنه يكفي حصول الطبيب على الرضا الشفهي من الزوجين. إلا أن الدكتور تشوار جيلالي يرى بأنه: "يشترط إفراغه في شكل معين لتفطن الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح، وللاطلاع على محتواها وإدراك نتائجها"[57]. والتحدث عن هذا الوضع مرتبط ببلوغ سن أهلية الزواج التي حددها المشرع في المادة 7 ق.أ.ج، ببلوغ الزوجين 19 سنة وقت إبرام عقد الزواج، غير أننا نعتقد أن السن الدنيا للموافقة على التلقيح في حالة الإذن القضائي بالزواج هي السن الدنيا لإمكانية إبرام عقد الزواج[58].

ولا يعتد برضا الزوج إلا إذا كان على قيد الحياة وقت البدء في عملية التلقيح، وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، وذلك لأن المادة 41 من قانون الأسرة تشترط من أجل انتساب الولد لأبيه على إمكانية الاتصال بين الزوجين، بحيث إذا وقع التلقيح بعد وفاة الزوج فلا صلة ولا تلاقي بينهما كون أن العلاقة الزوجية قد انتهت مثلما هو عليه في حالة الطلاق، فإذا انتهى عقد الزوجية بموت أو طلاق فإن التناسل بين الزوجين يعتبر لاغيا وباطلا[59].

3 ـ **أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرهما**: يعد هذا الشرط تمهيدا لفكرة الأمومة البديلة التي منعها المشرع من خلال الفقرة الأخيرة للمادة 45 مكرر ق.أ.ج، حيث اشترط المشرع الجزائري لمشروعية التلقيح الاصطناعي وجوب تلقيح الزوجة بماء زوجها دون سواه، وباستعمال رحمها لا رحم امرأة أخرى[60]. وإذا كانت الصورة الأولى (تلقيح بويضة المرأة بماء الغير) توصف بأنها زنا، فإن هذه الصورة الثانية (التلقيح باستعمال الأم البديلة) تعد تبنيا منعه قانون الأسرة بحكم نص المادة 46؛ لأنها تزوير في الولادة كما وصفها البعض[61]. وهذا ما لم يسمح به لمشرع الجزائري، وبالتالي منع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة لما في ذلك من المخاطر التي يمكن أن تشوب نسب الطفل من جهة أمه[62].

3 .2 .3. الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري من النسب الناتج عنها

الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يبين رسم حدود التلقيح الاصطناعي عندما أقره، بل وضع للراغبين في اللجوء إليه شروطا تضمنتها المادة 45 مكرر من ق.أ.ج، ويفهم من صياغة هذه المادة أنه لا يجوز أن يدخل في عملية التلقيح طرف ثالث، كأن تستخدم لقيحة جاهزة من نطفة رجل أجنبي أو زرع البويضة في رحم امرأة بديلة للزوجة.

أما إثبات النسب في التلقيح الاصطناعي فإنه يلقي عدة صعوبات وإشكالات، فإذا تم إجراء التلقيح الاصطناعي مراعاة للشروط التي أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر من خلال نص المادة 45 مكر من قانون الأسرة، فإنه لا يثار أي إشكال بالنسبة للنسب، بحيث يتم اللجوء إلى الوسائل العلمية المستحدثة والمقررة لإثبات النسب من خلال نص المادة 40 من نفس القانون[63]. أما إذا كنا بصدد ولادة مولود ناجم عن ماء غير الزوجين، فهنا يصعب تحديد نسبه وهذا راجع لتعدد العلاقات، مما يطرح التساؤل حول مصير الطفل ومشكلة تحديد نسبه.

1ـ **إثبات النسب في حالة التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير**: لقد اعتبر المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير خرقا صريحا لمبادئ الشريعة الإسلامية ومخالفا للنظام العام والآداب العامة، قد تواجهه مستقبلا مشاكل عديدة، منها ما يتعلق بمسألة إثبات نسب المولود الناتج عن هذه العملية، خاصة وأن المشرع لم يصحب منع هذا الأسلوب من التلقيح بعقوبات جزائية رادعة. وقد أضفى المشرع الجزائري من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، عدم المشروعية على أسلوب التلقيح بنطفة الغير.

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على عدم إجراء مثل هذه العملية، ولم يحدّد موقفه صراحة من نسب الطّفل

نتيجة الاستعانة بنطفة الغير، إلاّ أنّ المادّة 45 مكرر من قانون الأسرة التي اشترطت أن يتمّ التّلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون سواهما، يفهم منها أنّ الطّفل المولود لا ينسب لصاحب الفراش.

2ـ **إثبات نسب المولود عن طريق الأم البديلة**: إن عملية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة يعدّ سببا في اختلاط الأنساب وهذا ما لا يتوافق مع نص المادة 04 ق. أ.ج الذي يؤكد على أن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب، بالإضافة إلى عدم إمكانية نسب المولود إلى والدين معلومين، فإن المشرع الجزائري منع اللجوء إلى إجراء مثل هذه العملية بموجب نص الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر ق.أ.ج.

وبالرجوع إلى نص المادة المذكورة سلفا، نجد أن النص كان صريحا بمنع تقنية الحمل لحساب الغير (الأم البديلة)، سواء كانت الحامل زوجة ثانية لصاحب النطفة أو كانت أجنبية عنه. وما يمكن ملاحظته على نص المادة المذكورة هو استعمال المشرع لعبارة " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ". وهذا إشكال قد يطرح على أرض الواقع؛ لأن المشرع جعل القاعدة التي تمنع اللجوء لتقنية الأم البديلة قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها عن طريق استعمال عبارة " لا يجوز "، ومن ثم يتعين على المشرع استبدال هذه العبارة بكلمة " يمنع أو لا يجب " حتى يتبين للمخاطبين بها أنها قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، مع النص على العقوبة الواجبة التطبيق على المرأة التي تأجر رحمها.

وفي الحقيقة فإن الولد الناتج من تأجير الأرحام، سيكون إما ابن زنا، أو ابنا بالتبني، وهذه الطرق محرمة في الشريعة الإسلامية، ولا يثبت بها النسب الشرعي وفقا للمواد، 40، 45، 46 من قانون الأسرة، وإنما ينسب لمن حملته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما. والذي يظهر لنا في ظل عدم وجود نص قانوني يحسم النزاع، أنّ نسب الطفل يثبت للأم حصرا بواقعة الولادة وهو المستقر عليه فقها وقضاءً سواء كان الحمل من علاقة شرعية أو غير شرعية.

4. الخاتمة

في ختام هذه الدراسة، يمكن القول أنه بعد نجاح وانتشار الإنجاب الاصطناعي بوسائله المختلفة، لم يعد الإنجاب ثمرة للاتصال الجنسي الحقيقي بين الزوجين فقط، بل أصبح من الممكن أن يحدث الحمل بدون اتصال جنسي، بل وقد يحدث بتدخل الغير. وقد يترتب على ذلك أن النسب لم يعد علاقة تربط الأب والأم والطفل، بل أصبحت تعرف تدخل طرف آخر ثالث.

ومعلوم أن العقم مرض يحتاج إلى علاج، لكن باختلاف الصور التي يتم بها الإخصاب خارج الجسم ومع استئجار الأرحام، بدا عدم ملاءمة بعض أحكام النسب الحالية لبعض الفروض من التلقيح الاصطناعي. خصوصا وأن التلقيح أخذ صورا أجمع الفقه الإسلامي والتشريعات العربية على تحريمها، إذا ما تم التلقيح بنطفة متبرع أو رحم مستأجر.

حيث أصبح هذا النوع من التلقيح يثير إشكالات قانونية كثيرة، فمن تكون أما للولد بهذه الطريقة، ومن هو والده. وقد يفضي في أحيان كثيرة إلى نزاعات يتم اللجوء فيها إلى القضاء، هذا فضلا عن شبهة الزنا. لكن مهما يكن من مفاسد جراء هذه التقنية، سوف يتم اللجوء إلى التلقيح حتى في ظل الجزاءات العقابية. وهنا تكمن الخطورة خصوصا في مسألة تحديد نسب الطفل المولود، وهذا أمر واقع لا محالة. ونحن نرى بإلحاق المولود بوالده البيولوجي تخريجا على قول بعض أهل العلم بإلحاق ابن الزنا بالزاني مراعاة لمصلحة المولود الذي لا ذنب له. ويمكن أن نقترح تفعيل الآليات الرّدعيّة والعقابيّة في قانون العقوبات وقانون الصّحة العمومية فيما يخص التّلاعب بعيّنات النّطف في مختبرات التّلقيح الاصطناعي درءًا لاختلاط الأنساب تحقيقا لمقاصد الشّريعة. وإن كان المشرع الجزائري قد تدارك في قانون الصحة الجديد النقص الذي ورد في قانون الأسرة الجزائري فيما يخص الأحكام الجزائية الخاصة بمخالفة الشروط القانونية للحصول على المساعدة الطبية على الإنجاب وهي الشروط ذاتها التي تضمنها قانون الصحة، وهو بذلك قد ملء فراغا تشريعيا لم تتضمنه هذه المسألة في قانون العقوبات الجزائري.

تضارب المصالح

❖ يعلن المؤلفان أنه ليس لديهما تضارب في المصالح.

الهوامش

[1] التلقيح الاصطناعيl'insémination artificielle هو اصطلاح يطلق على كل الطرق المستخدمة لغرض حصول الحمل عند المرأة خارج إطار المعاشرة الزوجية في شكلها الطبيعي، فهو إجراء تلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود، أي من غير الاتّصال الجنسي. إذ يعرف علميا بأنه تدخل الطب من أجل إيجاد ظروف تمكن من حدوث الإخصاب في حالة العجز عن تحقيق ذلك طبيعيا باستعمال الوسائل الطبية والعلمية. النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2010-2011، ص 141.

[2] النسب في اللغة: مصدر نسب، يقال: نسبته إلى أبيه نسباً من باب طلب عزوته إليه. وقد يكون من قبل الأب ومن قبل الأم. وفي الاصطلاح: هو القرابة وهب الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة. محمود محمد حسن،1999، النسب وأحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي، الكويت، مجلس النشر العلمي، ص 14.

[3] ونقصد بالتّلقيح الاصطناعي خارج إطار العلاقة الزوجية، أن يكون التلقيح بماء غير الزّوجين، أي التلقيح الذي تم بين خليتين بويضة ومني مستمدتين من شخص لا يربطهما وقت إجراء التلقيح زواج شرعي. محمود أحمد طه، 2015، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، مصر، المنصورة، دار الفكر والقانون، ص 155.

[4] jean- louis BAUDOUIN et Catherine LabrusseRiou, Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles , 1987. In: Droit et société, n°10, 1988. Pratiques de recherche, questions théoriques et problèmes épistémologiques sur le droit et la société, p. 195.

[5] حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، 2007، عقد إجارة الرحم بين الحظر والإباحة، مصر، دار الفكر الجامعي، ص 173.

[6] شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، 2016-2015، ص 42.

[7] القانون رقم 175 لسنة 1972، المؤرخ في المؤرخ في 07 ديسمبر 1972، المتضمن تعديل قانون العقوبات الليبي، الجريدة الرسمية للجماهيرية الليبية، العدد 61، بتاريخ 23 ديسمبر 1972.

[8] القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 07 أوت 2001، المتعلق بالطب الإنجابي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص 2573.

[9] محمد أشو، 2013، الولد غير الشرعي في القانون المغربي - الحماية والقصور، الماستر في القانون الخاص، جامعة مكناس، المغرب، ص 36.

[10] حني محمد، 2000، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 259.

[11] أخرجه البخاري محمد بن إسماعيل، 1400هـ، صحيح البخاري، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة، المكتبة السلفية، كتاب الحدود باب: للعاهر الحجر، حديث رقم: «6818»، ج4ص254، وأخرجه مسلم بن الحجاج،1991، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، دار الحديث، القاهرة، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث رقم: «-37 (1458)»، ج2ص1081.

[12] عبد الله بن زيد آل محمود، 1986، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ج1، العدد 02، ص 318.

[13] علي محي الدين القرة داغي وعلي يوسف المحمدي، 2006، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة، لبنان ، دار البشائر الإسلامية، ص583. شوقي زكريا الصالحي، 2007، الآثار المترتبة على عملية التلقيح الصناعي، مصر، دار العلم والإيمان للنشر والتوزيع، ص 71.

[14] يوسف القرضاوي، 1993، فتاوى معاصرة، لبنان، الدار العربية للعلوم ناشرون، ج2، ص493.

[15] بغدالي الجيلالي، 2014، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، ص 85.

[16] محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، 2011، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم (دراسة فقهية إسلامية مقارنة)، الرياض، مكتبة العبيكان للنشر والتوزيع، ص233، 234؛ محمد بن الخطيب الشربيني، 1997، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لبنان، دار المعرفة، ج3، ص 373.

[17] علي محمد يوسف المحمدي، 1994، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، طرق إثباته ونفيه، الدوحة، دار قطري بن الفجاءة، ص 397.

[18] محمد يوسف موسى، 1958، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مصر، دار الكتاب العربي، ص 14.

[19] محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص 230.

[20] محمد يوسف موسى، 1988، النسب وآثاره، القاهرة، دار المعرفة، ص 32.

[21] بدران أبو العينين بدران، 1987، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مصر، مؤسسة شباب الجامعة، ص 36.

[22] أحمد عمراني، 2010، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، ص75.

[23] زياد أحمد سلامة، 1996، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الأردن، الدار العربية للعلوم، ص 146.

[24] عبد الحافظ حلمي، محمد نعيم ياسين، يوسف القرضاوي، مصطفا الزرقا، محمد الأشقر، جاد الحق علي جاد الحق، عارف علي عارف، زكريا البري، عمر سليمان الأشقر، 2001، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، الأردن، دار النفائس، مجلد1، ص827؛ محمد علي البار، 1986، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، جدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ج1، العدد 02، ص 300.

[25] المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، القرار الخامس حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، 1984، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة السابعة، ص 153.

[26] خالد محمد صالح، 2011، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، (دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية)، مصر، دار الكتب القانونية، ص 469.

[27] عبد المحسن صالح، 1979، مستقبل الإخصاب خارج الأرحام، مجلة العربي، الكويت، وزارة الإعلام الكويتية، العدد 175، ص 28؛ لبنى محمد جبر شعبان الصفدي، 2007، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ص 52.

[28] بدر المتولي عبد الباسط، علي الطنطاوي، زكريا البري، محمود المكادي، علي محي الدين القرة داغي، الدكتور علي يوسف المحمدي. انظر: زبيدة إقروفة، 2010، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه والقانون الوضعي، الجزائر، دار الهدى، ص 180؛ عبد الله بن زيد آل محمود، المرجع السابق، ص 318، 319.

[29] سورة المجادلة، الآية: 2.

[30] سورة الأحقاف، الآية 15.

[31] محمد على البار، 1986، طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي والرحم الظئر والأجنة المجمدة، السعودية، شركة دار العلم، ص 173.

[32] جزء من حديث رواه: البخاري، كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، ج2ص424، رقم "3208"؛ ومسلم، كتاب القدر، باب كيفية خلق الآدمي في بطن أمه، ج4ص2036، رقم "1 - (2643)".

[33] ابن منظور، لسان العرب، القاهرة، دار المعارف، ص 4914.

[34] جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي، بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من 19 – 28 جانفي 1985: « إن الأسلوب الأول الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها، في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا. وأما الأساليب الأخرى، من أساليب التلقيح الاصطناعي، في الطريقتين الداخلي والخارجي، مما سبق بيانه، فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي، لا مجال لإباحة شيء منها ». سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 174.

[35] محمد سليم العوا، 1987، الجرائم الماسة بالأسرة في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، القاهرة، مجلة المحاماة، العدد 5، ص 49.

[36] سورة الفرقان، الآية: 54.

[37] إدوارد غالي الذهبي، 1973، التلقيح الصناعي، ليبيا، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بنغازي، مجلد3، ص 170، 171..

[38] فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص 231.

[39] المرجع نفسه، ص 234.

[40] محمد بن يحي بن حسن النجيمي، 2011، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحريم، (دراسة فقهية إسلامية مقارنة)، الرياض، مكتبة العبيكان، ، ص 114.

[41] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، 1996، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزراعة الأعضاء البشرية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 142.

[42] زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 70.

[43] حسيني هيكل، المرجع السابق، ص 133؛ زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 82.

[44] جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ج2، مصر، الأمانة العامة للجنة العليا للدعوة الإسلامية بالأزهر الشريف، ط1، 1994، ص 347.

[45] حسيني هيكل، المرجع السابق، ص 133.

[46] أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي التونسي، عدد 66 في الصادر في 17 أوت 1956.

[47] قرار استئنافي مدني عدد 10197 بتاريخ 26 ماي 1983، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 06، 1984، ص134. أشار إليه: شكري الدربالي، 2017، نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي، المغرب، مجلة الفقه والقانون، العدد 58، ص 121.

[48] القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي التونسي عدد 87 الصادر في 30 أكتوبر 1998، ص 2176.

[49] القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية، يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وإتمامها. الرائد الرسمي التونسي عدد 54 الصادر في 8 جويلية 2003، ص 2259.

[50] شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 61.

[51] مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

[52] نص الفصل الرابع على أنه: " لا يمكن اللجوء 'إلى الطب الإنجابي إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة...".

[53] نص المادة 9 و9 مكرر من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[54] تشوار حميدو زكية، 2006، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، العدد 4، ص 91.

[55] تشوار جيلالي، 2005، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، كلية الحقوق، العدد 3، ص 12.

[56] تشوار جيلالي، 2006، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، العدد 4، ص 56.

[57] المرجع نفسه، ص 56.

[58] المرجع نفسه، ص 57.

[59] تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق، ص 63؛ بلحاج العربي، 2012، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات، الجزائر، دار الثقافة، ج1، ص 510.

[60] تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص 94.

[61] KORNPROBST (Louis), la Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises, paris, 1957, p. 545.

[62] تشوار جيلالي، 2001، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ص 120.

[63] نص المادة 40/2 من الأمر 02-05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".

كيفية الإستشهاد بهذا المقال حسب أسلوب APA :

المؤلفان بلبشير يعقوب، محمد طيب عمور (2020)، إشكالية نسب الطّفل النّاتج عن التّلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزّوجيّة - دراسة مقارنة -، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، الصفحات. ص ص: 219-228