

الحماية الجنائية للإنجاب البشري

بقلم الدكتور: بوسندة عباس

إن من أهم ميزة للأعمال الطبية المستحدثة هو اختلافها عن الأطر التقليدية لممارسة العمل الطبي بصفة عامة وعقد العلاج بصفة خاصة، وأن هذا الاختلاف كانت له آثار هامة في جميع ميادين الحياة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية والدينية، وهذا التطور لم يكن بمعزل عن الإطار القانوني الذي نشأت فيه هذه الأعمال بل أثرت فيه وتأثرت به.

إضافة إلى ذلك فإن هذا التقدم الطبي منها ما هو رائد ومنها ما هو ذريعة للانحراف عن النسق الأسري، ومهما يكن فإن الكلام عن وسائل الإنجاب وأسباب إسقاط الجنين لم يبق إذن محصوراً في الوقت الحاضر في حدود التصورات الكلاسيكية للموضوع ذاته، بل وقد تعداها بكثير، فالعالم الذي يعيش اليوم ثورة طاغية خاصة في ميدان الحمل والإنجاب تجاوزت كل الحدود والقيود، جعل القضية تطرح على أنها أشد إحدى القضايا أثراً وخطراً على الكيان الأسري والكيان البشري برمتها¹. والحق أن هذه الحالة تتطوي على شيء من التجاوز إذ يقول الأستاذ "ريني سافتي" أن القانون يعد أيضاً علماً للإنسان... وعليه أنه ليس للبيولوجيا أن توجه القانون بل على القانون توجيه كيفية استخدام البيولوجيات².

بناء على ما تقدم و لما كانت للأعمال الطبية شأن وتأثير كبير على الإنجاب ووسائله وإسقاط الحمل، كان لابد من دراستهما ومعرفة نطاق الحماية التي تسبغها القوانين على الكيان البشري وهذا من خلال النقاط التالية:

المبحث الأول: حماية حق الجنين في الوجود والحياة بتجريم إجهاضه.

المبحث الثاني: المساعدة الطبية على الإنجاب (التلقيح الاصطناعي).

المبحث الأول: حماية حق الجنين في الوجود والحياة لتجريم إجهاضه:

إن كفالة الولادة الطبيعية للجنين وحمايته من التعرض للهلاك قبل الولادة أو في أشائها حق مصان، و شرط لبقاء وجود الأفراد الذين هم نواة

المجتمع، و هذا الحق له قيمة اجتماعية كبيرة تتحمل السلطة العامة دوام بقائه واستمراره، فكما أن للأمم في حالات خاصة مستثناة من القانون أن تقوم بالتخلص من الجنين إذا اقتضتها الضرورة لذلك، إلا أن هذا الحق مقيد ومرتببط بحق الدولة أيضا في عدم السماح بالأفعال التي تؤدي بحياة الأجنة و هي مستقرة في أحشاء المرأة.

ونجد غالبية القوانين والتشريعات على اختلاف اتجاهاتها و فلسفاتها تتفق على تجريم الإجهاض، وتعاقب كل من يقوم به أو يساعد على إحداثه رغم الرضاء وما يلزمه من ظروف وملابسات، ولعل أن ارتكاب مثل هذه الجرائم من طرف أطباء لهو بالأمر الخطير إذ كيف لهؤلاء المتخصصين في مهنة نبيلة وإنسانية أن يستعملوا علمهم وفنهم في إيذاء أجنة بريئة وفي تهديد المجتمع بفنائه ؟ ضف إلى ذلك الأخطار التي يمكن أن تلحق بصحة و بحياة المرأة الحامل التي وقع عليها جرم الإجهاض و برضاؤها.

فكيف تعاملت النصوص العقابية مع هذا الاعتداء الطبي؟ وما مدى الحماية المقررة للأجنة في بطون أمهاتها؟ وما مدى مسؤولية الطبيب في هذا المجال؟

المطلب الأول: مسؤولية الأطباء جنائيا عن جريمة الإجهاض:

تتفق الشريعة الإسلامية و القانون في أن الإجهاض جريمة ضد موجود ثبت له حق الحياة منذ الإخصاب أي بمجرد اندماج الحيوان المنوي من الرجل مع بويضة المرأة³.

فلا إجهاض قبل الإخصاب ولا بعد عملية الولادة كما انه قد يحدث بصفة طبيعية فلا ضمان و لاعقاب على ذلك، و يرى بعض الفقهاء وجوب اعتبار ما يقع من أفعال تدخل في نطاق جرائم الإجهاض ما لم ينفصل الجنين عن أمه،

و يرى البعض الآخر أن الجنين مكتمل النمو يتمتع بنفس الحماية الجنائية المقررة للإنسان العادي⁴.

والإجهاض « Avortement. Abvotion » يقع كلما وجد ما يوجب انفصال الجنين عن أمه و قد ينفصل الجنين حيا و قد ينفصل ميتا، وتعتبر جريمة تامة بدون الانفصال بغض النظر عن حياة الجنين أو موته⁵، أو هو خروج متحصلات رحم الحامل قبل تمام الأشهر الرحمية، وهو إما أن يكون تلقائيا أو مبتعثا (أي مفتعلا)، غالبا ما يتم في الأشهر الأولى من الحمل، و الطرق المستعملة في حدوثه تختلف باختلاف عمر الجنين⁶، ولم ينص القانون عن وجود أي فارق بين حصول الإجهاض في الأشهر المختلفة للحمل سواء حصل مبكرا أو متأخرا⁷، وتستعمل فيه وسائل تتدرج من بسيطة إلى وسائل فيها الكثير من المخاطر فأقل طرق إحداث الإجهاض خطرا هي استعمال متأخرا العنف العام و إن كانت في حد ذاتها غير خالية من أخطار حصول أذيات عضلية أو كسور أو رضوض، أما استعمال الأدوية والعقاقير فهو من أخطر الطرق لما تحدثه من تسمم للحامل قد تؤدي إلى وفاتها⁸.

وبالرغم من أن مهنة الطبيب هي مهنة إنسانية تهدف إلى حماية الجنين في هذا المجال وبالرغم من قسمه على ذلك⁹، إلا أن هناك من الأطباء من يجعل من تخصصه سبيلا لتسهيل ارتكاب مثل هذه الجرائم و إخفاء أمرها مما يشجع اللجوء إليهم فهذا الأمر يجب أن يقابله تشديد في العقاب خاصة إذا كان باعث هؤلاء هو الإثراء، وقد عاقبت القوانين الجزائية الخاصة منها والعام على هذه الجريمة فزيادة على العقوبات التأديبية التي تفرضها قوانين ممارسة المهنة (كسحب ترخيص ممارسة المهنة، المنع من مزاولة المهنة) هناك النصوص العقابية في قانون العقوبات، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 306¹⁰ من قانون العقوبات الجزائري والتي جعلت للطبيب نفس العقوبة الواردة في نص المادة 304 305¹¹

بحسب الأحوال وجاء نص المادة 306 صريحا " الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة و كذلك طلبة الطب، أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات، ومحضر والعقاقير، وصانعوا الأربطة الطبية، وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات، والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال".

أي الحبس من سنة إلى خمس سنوات و الغرامة من 500 إلى 10000 دج وفي حالة الاعتياذ تضاعف العقوبة، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وفي حالة الاعتياذ فترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى، ضف إلى ذلك فانه يجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة و كذا المنع من الإقامة.

إذن فقد جعل المشرع الجزائري جريمة الإجهاض جنحة لتصبح جنائية في حالة ما أدى الإجهاض إلى الوفاة(وفاة الأم)، كما عاقب على الشروع فيها، وحسنا فعل المشرع بذلك النص لأن من الفقهاء من يرفض تجريم الشروع في هذه الجرائم بحجة أن الاعتداء بالإسقاط لم يتم و الجنين لم - يجهض - وهذا ما أخذ به فعلا المشرع المصري، والواقع أن مجرد الشروع في جريمة الإجهاض ينبئ عن نية جرمية أكيدة في الاعتداء على الجنين و حرمانه من حقه في الحياة مما يستوجب حقا العقاب عليه.

والملاحظ كذلك أن التشريع الجزائري - و مثله المصري - لم يجعل من صفة الطبيب (ويدخل تحت هذا المفهوم كل من يمارس الطب بحسب ما ذكرته المادة) ظرفا مشددا للعقوبة، ويستوي في ذلك أن يكون المسقط طبيا أو شخصا عاديا، وهذا ما لا يمكن القول به ذلك أن التخصص والدراية الطبية والعلمية التي يتمتع بها الأطباء ليست كغيرهم، الأمر الذي يسهل عليهم كثيرا

هذه العملية، ويفتح المجال واسعا للنساء اللواتي تردن الإجهاض - خاصة في حالة الحمل سفاحا - باللجوء إليهم، لأن الأمر لا يتوقف فقط على الاعتداء على الجنين وإنما يتعداه بالاعتداء على صحة الأم وحتى على حياتها، و بالتالي الصحة العامة للمجتمع، و من الأمثلة الواقعية حالة ممرضة حملت من أحد الأطباء فأجهضها بمساعدة أحد زملائه بتوسيع عنق الرحم، وعلى الرغم من أن العملية قد أجراها طبيبان تحت مخدر عام فقد أدت إلى تمزق المهبل والرحم نشأ عنه نزيف شديد، اضطر الطبيبان أن يلجئاً إلى إحدى المستشفيات العامة ولكن بعد أن كانت المريضة في حالة النزاع من غزارة النزيف الذي أصابها، وماتت الممرضة بعد أن أفضت بسرهما إلى زميلاتها اللاتي شهدن على الطبيب وزميله فحكم عليهما بالسجن¹².

بالإضافة إلى تجريم فعل الإجهاض فإن قانون العقوبات وفي نص المادة 310 منه جرم وعاقب حتى على التحريض على الإجهاض بأي وسيلة من وسائل التحريض حتى ولم يؤد إلى نتيجة ما، والنص عام هنا و ينطبق أساسا على الأطباء ومن يمارسون هذه المهنة سواء في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة كما جاء في المادة، والإجهاض جريمة مقصودة تتطلب قصد الفاعل (تحقيق نتيجة معينة)، مما يعني ضرورة توافر القصد العام والقصد الخاص وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض السورية¹³ أما إذا نتج الإسقاط عن غير قصد بسبب خطأ الطبيب أو الداية (القابلة) فتطبق أحكام الجرح الخطأ لأن كلمة جرح وحسب ما قال العلامة "جارسون" تشمل كل اضطراب أو تغيير يقع على الجسم¹⁴.

غير أن تدخل الطبيب لإجهاض الحامل إذا كانت حالتها تستلزم ذلك وقتل الجنين كعلاج وقائي لا يعد عملا مجرما وإنما أبحاثه معظم إن لم نقل كل التشريعات لما في ذلك من حفاظ و حماية لصحة و حياة الأم.

يجوز الإسقاط في حالة إنقاذ الأم من خطر محقق (حالة الضرورة)، فلا يدخل عمل الطبيب هنا تحت طائلة نصوص الإجهاض الجنائي، فهو يفقد بذلك طابعه الاجتماعي¹⁵، وفي هذه الحالة يقوم الطبيب بالعملية إذا كان في استمرار الحمل خطر وتهديد لحياة الأم، كما إذا كانت المرأة عسرة الولادة ورأى الأطباء المختصون أن بقاء الحمل ضار بها فعندئذ يجوز الإجهاض، وهذه الحالات يقرها الفقه الإسلامي حتى ولو بلغ الجنين أكثر من مائة وعشرين يوماً¹⁶، بل يجب ذلك إذا كان يتوقف عليه حياة الأم عملاً بقاعدة " ارتكاب أخف الضررين وأهون الشرين " ولا مرأى في أنه إذا دار الأمر بين موت الجنين وموت أمه كان بقاؤها أولى لأنها أصله¹⁷. ويشترط الفقهاء أن تكون الولادة تهدد حياتها بشكل مؤكد بناء على تقرير أهل الخبرة من الأطباء الموثوق بخبرتهم حتى ولو لم يكونوا مسلمين، وقد أشار بعض الفقهاء إلى أن هذه المسألة لعلها داخلة عند المالكية في باب المصالح المرسلة، وفي هذا الصدد يرى أبو حنيفة أن الضرورة الاجتماعية تقتضي رفع المسؤولية عن الطبيب حتى لا يدفعه الخوف إلى عدم القيام بعمله، أما الإمام الشافعي فيرى أن رفع المسؤولية عن الطبيب تتأكد إذا كان القصد من فعل الطبيب هو الإصلاح وليس الإضرار¹⁸. وعموماً فإنه يشترط لعدم المسؤولية من التطبيب أن يكون الفاعل طبيباً، فمن تطب ولم يعرف الطب يعتبر مسؤولاً عن أعماله، تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " من تطب ولم يعرف الطب فهو ضامن "، وعليه إذا تم إجهاض جنين دون مراعاة القواعد الشرعية فالمسؤولية يتحملها كل من الطبيب والأم مصداقاً لقوله تعالى " كل نفس بما كسبت رهينة " فالطبيب يعد مسؤولاً في هذه الحالة عن الخطأ الفاحش الذي لا تقره أصول فن الطب¹⁹.

وقد اختلف رأي الأطباء و الفقهاء و الشرعيين في الأمراض أو الأحوال التي تبيح الإجهاض العلاجي (Avortement thérapeutique)²⁰، حتى أن بعض

القوانين كالقانون الانجليزي قد نص على أن الإجهاض العلاجي لا يسمح به إلا حين يكون القصد عنه المحافظة على حياة الأم، ثم تطورت التفسيرات لهذا النص حتى حكمت إحدى المحاكم العليا الانجليزية ببراءة طبيب شهير أجهض بنتا عمرها حوالي أربعة عشر عاما ونصف، حين حملت من اغتصاب، وبرر مسلكه بأن استمرار هذا الحمل الآثم سيؤدي حتما إلى اضطراب عقلي في البنت قد يؤدي إلى تحطيم حياتها النفسية، وقد قرته المحكمة على ذلك حين برأته و قالت في حيثيات حكمها أن الطبيب الذي يجهض حاملا بنية سليمة بقصد علاج حالة نفسية تهدد صحتها النفسية، إنما يفعل ذلك بقصد المحافظة على حياة الأم وهو ما يتطلبه القانون الانجليزي لإباحة الإجهاض الطبي²¹. وفي الواقع فإن كثيرا من الدول التي تعتبر نفسها متحضرة أباحت الإجهاض في فترات محددة²².

ولم تقتصر فيها على الأصناف التقليدية المبنية على الحماية الصحية للمرأة، أو على التشوه الاحتمالي للجنين بل تعددت الأسباب التي تبيح للطبيب إجراء عمليات إجهاض أو ما يعرف بالقطع الإرادي للحمل²³.

ففي القانون الفرنسي واعتبارا من قانون "Veil" الصادر في 17/1/1975 المعدل بمقتضى قانون صادر في 31/12/1979 الذي أضفى مشروعية على العمل الطبي الذي يستهدف القطع الإرادي للحمل (الإجهاض) وفق شروط معينة، إذ جعله مشروعاً في حالتين: الأولى إذا ما كان استمرار الحمل يشكل خطراً جسيماً على صحة الأم والثانية إذا كان هناك احتمال قوي بأن المولود المنتظر سيولد مصاباً بعاهة خطيرة غير قابلة للشفاء في مثل هذه الحالات يجوز إجراء الإجهاض في أي وقت خلال الحمل دون تقييد بمدة معينة، كما عالج المشرع الفرنسي كذلك ما يعرف بوقف الحمل الإرادي، لما تواجهه الحامل من ضيق (Détresse) أو شدة بسبب الحمل، ورغم انتفاء الغاية العلاجية منه إلا أن

القانون أجازته متى استوفى الشروط، و هي أن يتم وقف الحمل خلال الأسابيع العشرة الأولى من بدايته، وأن يتم إجراء العملية بمعرفة طبيب في مستشفى عام أو خاص مرخص بإجراء تلك العملية، وأن يكون الباعث على إجرائها هو ما توجد عليه المرأة الحامل من حالة الضيق أو الشدة أو الفقر، وترك تقدير هذا الباعث للمرأة الحامل وحدها، وأخيرا يجب أن يسبق وقف الحمل الإرادي خضوع المرأة الحامل لفحص طبي والحصول على موافقة أحد الوالدين إن كانت قاصرا وغير متزوجة.

إذا تخلفت هذه الشروط أو إحداها و تم الإجهاض كان في هذه الحالة فعلا غير مشروع ويؤدي إلى إثارة المسؤولية الجنائية للطبيب القائم به إن كان طبيا، ولهذا الأخير مطلق الحرية في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة لإجراء هذه العملية، وبالرغم من ذلك فإن استخدامه لطريقة يعلم سلفا مخاطر إخفاقتها ودون اتخاذ الاحتياطات اللازمة يمثل إخلالا بواجبه وعدم مراعاة الإنسانية الطبية ما يؤدي إلى تحقق مسؤوليته²⁴.

وفي قرار قضائي صدر عن محكمة النقض الفرنسية، وأسأل الكثير من حبر الفقهاء وحتى الأطباء الفرنسيين وأثار حتى استغرابهم، وقد عرف هذا القرار " بقرار بيريش L'Arrêt Perruche " الصادر في 17 نوفمبر 2000 قضت محكمة النقض بالتعويض بسبب الخطأ الطبي²⁵، إذ أنها اعتبرت أن عدم إعلام الطبيب المعالج والمخبر المريضة بنتائج الفحص الطبي، قد حرم المرأة الحامل من اللجوء إلى القطع الإرادي للحمل مما نتج عنه مولد طفل معوق يعاني من اضطرابات عصبية مع صمم... مما يعطيه الحق في التعويض الذي يكون على عاتق الطبيب²⁶.

هذا القرار وصفه البعض أنه كارثة الانحطاط الإنساني " Le Drame d'une défaillance humaine"²⁷ وطالب البعض بتدخل عاجل للمشرع في

هذا المجال لأنه من غير المعقول المطالبة بالتعويض عن الخطأ الطبي في حالة ولادة طفل معوق والأغرب في كل ذلك أن يطالب بالتعويض لأنه ولد²⁸.

أما القانون المصري فلم يتعرض لذكر دواعي الإجهاض الطبي بل تركها لتقدير الأطباء كأي عمل جراحي أو علاج آخر لا رقيب على الطبيب فيه إلا فنه وعلمه، ومتى عمل الطبيب في تلك الحدود فلا يمكن أن يعتبر إجراؤه الإجهاض جريمة ما دام قد عمل بنية سليمة بقصد العلاج²⁹.

وفي الميدان القانوني الجزائري فقد أباح المشرع الإجهاض العلاجي، ويستفاد هذا من نص المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها - المعدل والمتمم - التي تنص "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للحفاظ على توازنها الفسيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ، ويتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي".

وهذا ما تؤكدته المادة 308 من قانون العقوبات حيث نصت على أنه "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية" ومعنى ذلك أنه إذا استوجبت ضرورة الحفاظ على صحة الأم أو إنقاذها من الخطر أن يجري لها الطبيب عملية إجهاض فانه لا مسؤولية عليه في ذلك، لأن أساس مشروعية الإجهاض العلاجي تجد سندها في النصين السابقين.

والملاحظ أن المشرع قد استعمل عبارة "الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد" فما المقصود منها؟ هل عناها كما فسر بعض الفقهاء بالعوامل التي تخرج عن مفهوم التدخل الطبي بمعنى إباحة الإجهاض لأسباب لا تتعلق بصحة الأم وحسب، بل وتعلق كذلك بالأسرة (أسباب نفسية أو للمعيشة الاقتصادية المتدهورة)³⁰.

ثم إن النصين لم يشيرا إلى الإجهاض بناء على إثبات طبي بحدوث تشوه الجنين، إذن وفي مثل هذه الحالة يمكن القول بأنه لا يسمح قط للطبيب القيام بإجهاض المرأة الحامل تطبيقاً لقاعدة عدم تعليق حياة الطفل بحالته الجسدية ولا بصفاتة الجسدية³¹، ويفرض القانون أن تجرى هذه العمليات في هيكل متخصص وأن تجرى بإشراف طبيب متخصص وفي غير خفاء و بعد إبلاغ السلطة الإدارية بذلك، وإذا تمت مخالفة هذه الشروط تعرض الطبيب للمساءلة الجزائية وهذا ما نصت عليه المادة 262 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بقولها " يعاقب كل من يخالف الأحكام المتعلقة بمواد الإجهاض بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية تتراوح بين 1000 و 3000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين وتؤمر المحاكم في جميع الحالات بمصادرة المستحضرات العلاجية والمواد والأدوات والأشياء المحجوزة، ويجوز لها زيادة على ذلك أن تصدر في حق المحكوم عليه حكم الإيقاف المؤقت أو عدم الأهلية لممارسة المهنة التي يكون قد ارتكب الجنحة من خلالها".

ونظرا للظروف التي عرفتھا الجزائر مؤخرا، فقد طرحت على السلطات مشكلة النساء المغتصابات في هذه الفترة، كان على الهيئة الطبية أن تعالج هذه المسألة تفاديا للإجهاض غير المراقب، ومراعاة لنفسية الحامل الأمر الذي أدى بالمجلس الإسلامي الأعلى إلى إصدار فتوى تتعلق بهاته الفئة تحديدا، فقرر إباحة عمليات الإجهاض على مستوى جميع المراكز الاستشفائية في الجزائر للنساء اللواتي تعرضن للاغتصاب على أيدي الجماعات الإرهابية، فكانت التعليمات موجهة إلى القطاع الطبي تنص في مجملها على ضرورة تخليص كل فتاة حامل من حملها لما فيه من إكراه وحشي وضرر معنوي، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى خطر يهدد حياتها، وكان يكفي لإثبات الاعتداء تقرير الشرطة القضائية، و إن تعذر الأمر فشهادة الشهود³².

المطلب الثاني: مدى مشروعية الأعمال الطبية التي تهدف إلى العقم البشري:

يمكن تعريف العقم (La Stérilisation) بأنه عملية جراحية ترمي إلى جعل الخاضع لها ذكرا أم أنثى غير قادر على الإنجاب³³، وعلى هذا النحو فإن للتعقيم عدة أغراض يمكن اجمالها في نوعين: الأول علاجي، والثاني غير علاجي. فأما الأول Therapeutique Stérilisation فتفرضه ضرورة صحية للشخص الذي يخضع له ويهدف إلى تفادي المخاطر التي تهدد صحته أو حياته فيما لو لم يتم هذا الإجراء الجراحي، من ذلك تعقيم امرأة يمثل الحمل خطرا على حياتها ولا تجدي معها الوسائل التقليدية لمنع الحمل، ولا شك في أن هذا النوع من التعقيم تتوافر له المشروعية ما دام له هدف علاجي وبشرط توافر الرضا الحر والمستتير للخاضع له³⁴.

أما النوع الثاني فهو التعقيم غير العلاجي فتتقي عنه الغاية العلاجية ذلك أنه لا يقصد منه حماية الخاضع له من مخاطر تهدد حياته أو صحته، وإنما يتخذ كوسيلة لمنع الحمل (كغاية تنقية العرق³⁵، أو لتحديد النسل³⁶، أو كتعقيم جنائي³⁷)، وبالتالي فإن انتفاء الغاية العلاجية تجعل منه عملا غير مشروع، ويعاقب الطبيب على ارتكابه جنائيا لما يمثل ذلك من مساس بسلامة الفرد الجسدية ويثور الخلاف حول هذا التعقيم غير العلاجي إن كان يستهدف اعتبارات طبية اجتماعية كتحسين النسل أو منع توارث الأمراض فما مدى مشروعيته؟ وما مدى الحماية التي يتمتع بها الفرد ازاء الأعمال الطبية التي تستهدف تعقيم الفرد والذي قد يكون تعقيما أبديا.

أولا: في القوانين المقارنة:

لقد ذهب تشريعات إلى النص على التعقيم غير العلاجي، الذي يستهدف اعتبارات طبية اجتماعية و تنظيمه، في حين أغفلته تشريعات أخرى وتركته لرأي الفقه والقضاء.

أجاز بعض الفقه الفرنسي التعقيم العلاجي و الذي غرضه حماية صحة الفرد، ومن ذلك حماية صحة المرأة التي يعرضها الحمل لخطر الوفاة، ولكنه رفض مشروعية التعقيم باعتباره تدبيراً وقائياً لتحسين النسل و يعلل ذلك بالمساس بسلامة الجسم الذي ينتهي إلى التضحية بالوجود الحقيقي للفرد في سبيل رفاهية الجماعة، وهو أمر يتعارض مع الأصول الحضارية للمجتمع.

وهذا المبدأ أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1937/7/1 في القضية المعروفة بـ "Stérilisation de Bordeaux"، حيث أدانت فيها الطبيب الذي قام بإجراء التعقيم لمجموعة من الرجال دون أية غاية علاجية، باعتباره مرتكباً لجريمة الجرح العمد مع سبق الإصرار، وقد رفضت المحكمة التعويل بما دفع به المتهم من حصوله على رضاء المجني عليه لأن ذلك ليس سبباً من أسباب الإباحة³⁸.

وبالرغم من هذا الموقف المعلن من قبل محكمة النقض الفرنسية، فقد رأى بعض الفقهاء في حكم لها بتاريخ 1983/5/9 تحولاً عن موقفها من عدم مشروعية التعقيم غير العلاجي، وهذا الحكم صدر في دعوى تتعلق بسيدة تبلغ من العمر 28 عاماً كانت قد حملت خمس مرات و إزاء ضعفها الصحي و عدم قدرتها على تحمل وسائل منع الحمل العادية، و رغبة في عدم الحمل مرة أخرى لجأت إلى جراح أجرى لها عملية ربط المبايض لتحقيق هذا الغرض، و بالرغم من ذلك فقد حملت السيدة مرة أخرى فرفعت دعوى ضد الجراح استناداً إلى عدم قيامه بتبصيرها بخطر إمكانية حدوث حمل رغم إجراء العملية، فقررت المحكمة مسؤولية الجراح لعدم إعلامه للمريضة بالأخطار المحتملة أو الباقية بعد العملية ولو كانت أخطاراً لا تتحقق إلا استثناء³⁹، وقد استخلص البعض من هذا الحكم إقرار محكمة النقض بمشروعية التعقيم المستند إلى اعتبارات

طبية اجتماعية استنادا إلى نص المادة 1147 من التقنين المدني الخاصة بالمسؤولية العقدية، فتكون بذلك قد أقرت بمشروعية محل العقد أي التعقيم الاختياري في حين يرى جانب آخر أن هذا التحليل ما هو إلا تحميل للحكم بأكثر مما يحتمل، ذلك أن القضية المعروضة تتعلق بتحديد نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض، ضف إلى ذلك أن العملية ذاتها لا تتعلق بتعقيم اختياري إنما كانت الوسيلة الوحيدة المتاحة لتفادي تكرار الحمل.

ومما تقدم يخلص الفقه إلى عدم جواز التعقيم العلاجي في فرنسا، وأن الطبيب الذي يمارس مثل هذه الأعمال إنما هو معرض للمساءلة الجزائية بحسب نصوص المواد 309 إلى 311 من قانون العقوبات الفرنسي.

ب. قوانين الولايات المتحدة:

أجازت قوانين عدة ولايات أمريكية كولاية "أنديانا، فيرمونت، مينيسوتة، ديزني، أوتوا و كاليفورنيا" عمليات التعقيم. ففي أنديانا صدر قانون 7 مارس 1907 الذي أباح تعقيم المجرمين الشواذ داخل السجون، إذا ما قرر طبيبان على قدر من الكفاءة ذلك تحت إشراف المركز الطبي للسجن. كما أقر قانون ولاية فرجينيا الصادر في 20 مارس 1924 تعقيم الأشخاص المحجوز عليهم بشروط معينة، وقد قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بدستورية قانون فرجينيا و مما جاء في الحكم "ومن حق المجتمع منع الأشخاص المصابين بعيوب جنسية جسيمة أن يتوالدوا وأن ينقلوا خصائصهم الوراثية الشاذة إلى أطفالهم".

ت. القانون النرويج:

أجاز القانون الصادر في 18 جويلية 1934 التعقيم كتدبير لتحسين النسل، ولكن بعد الحصول على موافقة المعني بالأمر، بالإضافة إلى موافقة الزوج أو

الزوجة، وإجراء العملية الطبية يكون بقرار من لجنة مكونة من طبيبين وقاض تحت رئاسة مدير الصحة العامة.

ث. القانون السويدي:

يجوز للأطباء القيام بتعقيم المصابين بأمراض عقلية، إذا كان هناك خطر في احتمال انتقال هذه الأمراض إلى الأجيال المقبلة، وهذا منذ صدور قانون 18 مايو 1923 بشرط موافقة المريض أو ممثله الشرعي، وكذا الزوج أو الزوجة وموافقة مدير الصحة.

ج. القانون الألماني:

منذ صدور قانون 14 جوان 1933 - في عهد هتلر - والأطباء لهم الحق في تعقيم الأفراد الذين يعانون من أمراض وراثية عقلية كانت أو عضوية، وذلك إذا ما ثبت أن هناك احتمال قائم على أسس علمية بإمكانية انتقال تلك العيوب إلى الأجيال المقبلة⁴⁰.

ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية:

عرف المسلمون ما يسمى "بالعزل" كطريقة من طرق منع الإنجاب، وقد وردت فيه أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعضها يجيزه، والبعض الآخر لا يجيزه⁴¹، وقد ذكر الإمام الغزالي خمسة أسباب للعزل، أجاز منها ثلاثة ولم يجز اثنين⁴²، وأما الإخصاء الذي يعني العقم الدائم فقد حرّمته الشريعة الإسلامية، واعتبرته تعذيباً لا يحل أن ينزل بإنسان أو حيوان، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - جماعة من الصحابة أرادوا أن يخصوا أنفسهم طلباً للعة والزهد، وقد روي عنه أنه قال "من خصا عبداً خصيناه"⁴³.

ويرى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق (شيخ الأزهر الأسبق) " أن النصوص العامة في القرآن الكريم و السنة النبوية تأبى التعقيم وتحرمه، إلا إذا

وجدت ضرورة داعية لتعقيم إنسان كما إذا كان به مرض عقلي أو جسدي أو نفسي مزمن عصي على العلاج والدواء، وهو في الوقت نفسه ينتقل إلى الذرية عن طريق الوراثة، جاز لمن تأكدت حالته المرضية بالطرق العلمية و التجريبية أن يلجأ إلى التعقيم الموقوت لدفع الضرر القائم فعلا والمتيقن حدوثه إذا لم يتم التعقيم وذلك باتخاذ دواء أو أي طريق من طرق العلاج، أو بإذهاب خاصيتها سواء في هذا الذكر أو الأنثى، ونعني بإباحة التعقيم الموقوت أنه يمكن رفع هذا التعقيم واستمرار الصلاحية للإنجاب متى زال المرض⁴⁴.

وعلى ذلك فإن التعقيم الموقوت دون التعقيم الدائم هو الذي يجوز إجراؤه في حالات الضرورة و لكن بعد التأكيد الطبي، و عليه فلا مسؤولية على الأطباء في ذلك كما في حالة تعقيم المرضى بأمراض عقلية، خاصة النساء الذين لا يمكنهم الاعتناء بأطفالهن نظرا لحالتهم⁴⁵.

وفي سنة 1968 أصدر المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر فتوى حول تحديد النسل جاء فيها " بناء على استفسار تقدمت به وزارة الصحة تطلب فيه رأي المجلس في حكم الدين حول تحديد النسل، وبناء على أن هذه المشكلة عويصة وشائكة ناقشها العلماء المختصون قديما وحديثا، ولم يستطيعوا أن يصلوا فيها إلى رأي حاسم، ونظرا لأنها تهم وجود الجنس البشري نفسه.... وخرج المجلس من الدراسة التي وافاه بها مجموعة من العلماء بنتيجة جواز الامتناع عن التناسل على النحو التالي:

- 1- أن يمارس الامتناع بصفة فردية.
- 2- أن يكون الباعث عليه دفع ضرورة واقعة أو متوقعة على الأم، وعلى الأولاد الموجودين أو الذين لم يوجدوا بعد.
- 3- أن يوكل أمر تحديد الضرورة أو نوعها إلى الأشخاص المعنيين أنفسهم.

4- إذا كان للحكومة أن تعمل شيئاً في الموضوع فلتقم:

- بحملات توعية تشرح فيها للجماهير الظروف الحسنة التي ينبغي أن يتم فيها التنازل.

- بإعداد الوسائل الكفيلة لمنع الحمل بالنسبة إلى أصحاب الضرورات...⁴⁶.

كما جاء في فتوى الشيخ أحمد حماني حول اجتناب الحمل "...إذا كان لم يقع باتخاذ وسائل لا تضر، مثل البعد عن الفراش الزوجي في أيام معلومة من الشهر وبإذنه فهذا جائز.

وإما بوضع آلة في الرحم تمنع من الحمل، أو بالعزل أو بنحو ذلك، وهذا مكروه على الأصح غير حرام... جاء في موضوع تعطيل النسل و إبطاله و تحديده لا يوافق عليه الإسلام... أما إذا كان النسل يضر بصحتها، أو كان زوجها مريضاً أو هي مريضة فتلد أولاداً مرضى مصابين بأمراض مزمنة أو مشوهين، فهذه لها أن تقطع النسل وقد بان الأمر كيف يكون قطع النسل أو تحديده حراماً ومتى يكون جائزاً أو واجباً⁴⁷.

ثالثاً: موقف القانون الجزائري:

كقاعدة عامة منع المشرع الجزائري العقم إذا تم اللجوء إليه بدون سبب مشروع، فنص في المادة 33 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري منع على الأطباء إجراء عمليات التعقيم سواء للرجال أو النساء إلا في الحالات المستوجبة لذلك، وإلا عد اعتداءً صارخاً على حق الفرد في سلامة جسمه وحق الكيان البشري في حماية وجوده المستقبلي، وفي هذا المجال يمكن كذلك تطبيق نصوص المواد 274 و 264 من

قانون العقوبات ذلك أن العقم بغير الضرورة العلاجية كقصد البحث العلمي مثلاً يتخذ شكل الإخصاء المعاقب عليه بموجب أحكام المادة 274 لأن سلوك الطبيب الإيجابي من شأنه إحداث نتيجة جرمية هي إهدار فاعلية الجهاز التناسلي فيفقد خاصية الإنجاب، وهي عاهة مستديمة يستحيل برؤها.

أما إذا نشأت هذه العاهة دون قصد إحداثها عمدا فتأخذ حكم الإيذاء الذي يفضي إلى عاهة مستديمة و المعاقب عليه بموجب أحكام المادة 264 من ق.ع.

أما في حالة العقم المؤقت لغاية تنظيم النسل (في مجال تباعد فترات الحمل كما جاء في نص المادة 71 من قانون حماية الصحة وترقيتها) والمرخص به للطبيب، فإن مسؤولية هذا الأخير تقوم على أساس المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والتي تعمل أحكام المواد 288 و 289 من قانون العقوبات في حالة إهمال الطبيب أو تقصيره أو إجراءات التعقيم دون رضا أحد الزوجين أو كلاهما.

والملاحظ هو عدم النص قانوناً على إباحة التعقيم الدائم من حظره في حالة الخشية من توارث أمراض خطيرة وبعد التأكيد الطبي الموثوق منه وبرضاء الزوجين، كما لم يتم النص كذلك على تعقيم الأشخاص المصابين بأمراض عقلية في حالة شذوذهم وفي حالة الخشية من الحمل وتوارث هذه الأمراض العقلية.

البحث الثاني: المساعدة الطبية على الإنجاب " التلقيح الاصطناعي "

L'Insémination artificielle

إذا كان الطب المعاصر قد وصل إلى علاج الكثير من الأمراض، فإنه قد وصل أيضاً إلى علاج العقم بوسائل مختلفة، ومنها التلقيح الاصطناعي (أطفال الأنابيب)⁴⁸ ، ومن الواضح أن علاج العقم بهذه الطريقة عند الرجل أو المرأة بصفة فردية أمر عظيم الفائدة، ولكنه يكاد يقضي إذا سار في طريق

الانتشار السريع كما في الغرب بلا ضوابط على التناسق والتراحم، ليس في الأسرة فقط بل وفي المجتمع البشري كله⁴⁹.

وفي واقع الأمر فإن الأطباء ومن في حكمهم من علماء البيولوجيا، إنما يندفعون في بحوثهم و تجاربهم العملية بغريزة حب البحث و الحصول على نتائج تضاف إلى ما وصلت إليه البشرية من تقدم في موضوعات علاج العقم وعلم الأجنة والوراثة وغيرها، وفي العادة يقابل هذا الجديد الطبي بتحفظ شديد من طرف رجال القانون ورجال الدين من باب أولى، إن لم يكن بنفور في بعض الأحيان، ذلك أن هذه الطريقة التي تساعد على الإنجاب تحمل كثيرا من التساؤلات حول مشروعيتها أساسا، وحول الشروط والضوابط التي يجب على الأطباء احترامها حفاظا على نزاهة العمل الطبي في هذا المجال، أيضا يثور التساؤل حول مسؤوليتهم وكذا حول انطباق النصوص التشريعية مع هذه الأعمال الطبية، ومدى الحماية التي تضيفها على الكيان البشري فيها، وما موقف الشريعة الإسلامية منها ؟

المطلب الأول: التدخل الطبي لتحقيق المعالجات التناسلية:

التدخل الطبي في مجال الإنجاب ومواجهة مشكلة العقم⁵⁰، قد يكون من خلال اتخاذ الإجراءات الطبية لتحقيق التلقيح الطبيعي، و قد يكون تنفيذ عملية التلقيح بالطرق الصناعية المختلفة، ويمكن التمييز بين التلقيح الصناعي الداخلي "Auto insemination" ويتم عن طريق نقل مني الزوج نفسه إلى زوجته والذي يعرف على أنه عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له عند المرأة بهدف علاجي⁵¹.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز أخذ نطفة الزوج وحقنها في رحم زوجته، أو أخذ بويضة الزوجة العاقر و تخصيبها بنطفة زوجها خارج الرحم في أنبوب اختبار ثم زرع البويضة الملقحة في رحم زوجته نفسها ما دام لم يقيم أي

شك حول استبدال أو اختلاط هذه النطفة بنطفة الغير⁵²، وبين التلقيح الصناعي والخارجي المسمى "Hétéro insémination" الذي يتم عن طريق نقل مني أجنبي إلى زوجته أو عن طريق الأم البديلة.

وقد ظهرت أول النتائج والآثار عن استخدام التلقيح الاصطناعي أو ما يسمى بطفل الأنابيب، بظهور الطفلة البريطانية (لويزة براون) في 1978/07/25 في مستشفى "Obham" بواسطة الطبيب باتريك ستيتو "Patrick stetoe" والفيزيولوجي روبرت ادواردو "Robert Edwardo"، وتتم هذه العملية بعد عدة إجراءات طبية تهدف إلى تخصيب البويضة المستخلصة من رحم الزوجة⁵³، تنتهي بتلقيحها بمنى الزوج ثم زرع هذه البويضة الملقحة في رحم الزوجة بواسطة الحقن، حيث يكتمل الحمل وتتم الولادة كما هو الحال في التطور الطبيعي للجنين.

ويذهب الرأي المؤيد لهذه العملية إلى القول بأن هذه الوسيلة لا تثير أية مشكلة قانونية أو دينية أو أخلاقية، والطفل يكون شرعياً ويتحقق نسبه للأب والأم، وذلك استناداً إلى شرعية الإجراء ذاته و بشرط موافقة الزوجين، كما تستخدم هذه الطريقة في حالة ما إذا كان الزوجين عقيمين تماماً، وهي تعتمد على انتزاع بويضة صالحة للإخصاب من مبيض امرأة أخرى ثم تلقيح بمنى رجل آخر غير الزوج وتوضع في أنبوبة بها سائل لازم للنمو حتى تتم عملية التخصيب و يتم زرع البويضة الملقحة بعد ذلك في رحم الزوجة، والطفل في هذه الحالة لا يعتبر من الناحية الوراثية ابناً للزوجين.

ولكن من الناحية القانونية يعتبر ابناً لهما كما قد يستخدم التلقيح الاصطناعي بإخصاب بويضة الزوجة بمنى شخص أجنبي غير زوجها، فيعتبر هذا عملاً طبياً غير أخلاقياً حتى ولو كان الغرض منه علاج حالات العقم، كما يعتبر عملاً غير مشروع ولا يعتد برضاء الزوجين لأنه غير صحيح⁵⁴، هذا

وقد تستخدم هذه الطريقة أيضا في حالة يكون فيها الزوجين سليمين ولكن الزوجة لا تتحمل الحمل لعارض ما ، فيتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها وتوضع البويضة الملقحة بعد ذلك في رحم امرأة متطوعة تسمى " الأم الحاضنة " أو " الأم البديلة " ، وهنا أيضا واعتبارا للناحية الوراثية فإن المولود هو ابن الزوجة ، ولكن قانونا هو ابن المرأة الحاضنة لأنها حملته وولدتها ، فالولادة هي سبب الأمومة ، وتشير هذه الطريقة الأخيرة من التلقيح الاصطناعي أو ما يعرف بالأم البديلة تساؤلا حول مدى مشروعيتها ، خاصة وأن البعض يطلق عليها عملية تأجير الأرحام أو الأم بالوكالة أو النيابة⁵⁵ ، مما جعل الكثير يعارضون هذه الطريقة في الإنجاب حتى في المجتمعات الغربية ويطلقون عليها " الزنا البيولوجي adultère biologique " ، ويحملون الأطباء مسؤولية ذلك ، ويعتبرون المجتمع الذي يباع فيه المني كأي دواء بالمجتمع المرعب " Effrayante société " ⁵⁶ وهذا بالإضافة إلى المشاكل التي تتجم عن هذه الطريقة و التي تختلف باختلاف الطفل والمرأة مؤجرة البطن والزوجين⁵⁷.

كما أوصى التقرير الذي أصدرته لجنة " Warnok " في إنجلترا والذي نشر عام 1984 حول الخصوبة البشرية وعلم الأجنة ، بتحريم إنشاء هيئات لممارسة هذه العمليات سواء بغرض الربح أو لا ، وبتوقيع الجزاءات الجنائية على كل طبيب أو مساعد طبيب أو كل من يشارك في إجراءات تهدف إلى تنفيذ الإنجاب بواسطة الأم البديلة⁵⁸.

هذا وقد أعلنت الحكومة الهولندية في 14/09/1988 عن رأيها حول هذا الموضوع الذي أيدت فيه رأي الخبراء هناك ، والذي يؤكد أن الوسيلة غير مرغوب فيها ، وأنه لا وجه لتنظيمها أو الرقابة على تنفيذها لأن ذلك يعني الاعتراف بها والتشجيع عليها ، وحذرت الأطباء من الالتجاء إليها.

بينما المشرع الاسباني فقد نص في قانونه الصادر في 18/11/1988 بصحة هذه الوسيلة للإنجاب، وقد نظم المشرع الفرنسي عملية التلقيح الاصطناعي ضمن القواعد التي تسمح بالاستفادة من تقنية المساعدة الطبية للإنجاب⁵⁹، وقد نص صراحة على أن المساعدة الطبية للإنجاب هي كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن مخبر، نقل الجنين، التلقيح الاصطناعي، وكذلك كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر، وتسمح للإنجاب خارج السياق الطبيعى و تهدف هذه المساعدة لتغطية البيانات التالية:

I. علاج العقم الذي تأكد طابعه المرضى.

II. تجنب نقل مرض خطير جدا إلى الطفل.

ويجب أن يستفيد من المساعدة الطبية الأسرة المؤلفة من رجل وامرأة يكونان على قيد الحياة، و في سن الزواج، وبعد إثبات العقم المرضى لهما طبيبا، و أن يكونا متزوجين أو إحضار دليل كتابي على حياتهما المشتركة معا لمدة لا تقل عن سنتين، والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد نظم بشكل مفصل عملية المساعدة الطبية على الانجاب من خلال تفصيل الشروط اللازمة لتطبيقها، بالإضافة إلى القواعد الخاصة بحماية الجنين سواء ضمن إطار التشخيص قبل الولادة، أو ضمن إطار التشخيص قبل الزرع، وكذلك يمكن ممارسة المراقبة لتنظيم إجراءات الحصول على جنين من قبل إحدى العائلات العقيمة⁶⁰، كما فرضت عقوبات جزائية من خلال نصوص قانون العقوبات الخاص، فيعاقب على التلقيح (المساعدة الطبية على الإنجاب) لتحقيق أسباب شخصية (حسب المزاج) كتلقيح امرأة لا تعيش مع زوج (الحبس خمس سنوات مع الغرامة)، كما يعاقب كل من يمارس ذلك بدون ترخيص إداري (بالحبس سنتين مع الغرامة) وفي كل الحالات يتوضع مركز ثقل حماية الجنين في المواد 17 - 511 إلى 19 - 511 من قانون الصحة العامة التي تعاقب بسبع سنوات حبس وبالغرامة عند إجراء حمل

أجنة بشرية في المخبر لأهداف صناعية أو تجارية، أو من أجل القيام بأبحاث فقط، وكذلك إجراءات دراسات على الجنين خارج نطاق شروط الفحوصات والتشخيصات المسموح بها في المادة 8- 152، هذا بالإضافة إلى عقوبات أخرى فيما يخص الأشخاص المعنوية التي تعتبر جزائيا مسؤولية في حالة مخالفة الضوابط والشروط المحددة قانونا، فيتم حل هذا الشخص المعنوي بالإضافة إلى المنع من ممارسة العمل بالنسبة للنشاط الذي أثناء ممارسته أو بمناسبته ارتكبت المخالفة.⁶¹

وأما فيما يخص مسألة التلقيح الاصطناعي وإيجار البطون، فقد اختلف فيه الاجتهاد القضائي الفرنسي، غير أن محكمة النقض الفرنسية قد تمسكت بعدم مشروعية هذه العقود في القرار الصادر بتاريخ 1994/5/29 الذي جاء فيه " العقد الذي من خلاله تلتزم المرأة ولو مجانا بحمل الطفل كي تتركه عند ولادته يخالف مبدأ النظام العام لعدم جواز التصرف في الجسم الإنساني، ومبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص".

وهذا ما أكدته المادة 7/16 من القانون المدني الفرنسي بقولها " كل اتفاق يتعلق بالحمل و الإنجاب لفائدة الغير يعد باطلا " ولقمع ذلك الاتفاق جاءت المادة 12 - 227 من قانون العقوبات إذ تنص "... يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة مالية مقدرة ب 10000000 فرنك فرنسي كل وساطة بين شخصين أو زوجين راغبين في استقبال طفل أو امرأة توافق على حمل هذا الطفل لتسليمه لهما عند الولادة".

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي فقد تم تأسيس جمعية خبراء للبحث حول " تطورات العلوم الطبية " والتي قامت بتحضير مشروع التوصية في 1987/05/21 فشدد التقرير الخاص بهذه التوصية على قاعدة محتواها أن " كرامة المرأة تقرض على أنه لا يمكن أن يكون جسمها أداة لحساب وفائدة الغير".

كما نص التقرير على أنه " لا يجوز لأي طبيب أو مؤسسة أن يستعمل تقنيات الإنجاب الصناعي لأجل حمل الطفل من طرف الأم البديلة⁶² والجدير

بالذكر أن القانون الليبي يمنع التلقيح الاصطناعي منعا باتا طبقا للقانون رقم 175 الصادر عن مجلس قيادة الثورة الليبية بتاريخ 1972/12/7، والذي أضاف مادتين جديدتين إلى قانون العقوبات الليبي برقمي 403 مكرر"أ" و403 مكرر"ب" وجاء نص المادة الأولى مقررا على أنه "يعاقب كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم ونصت المادة 304 مكرر"ب" على أنه "تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحا صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور أعلاه، أن التلقيح فيه احتمال اختلاط الأنساب و تغيير لسنة الله في خلقه كما أنه يخول الإرث لمن ليس له الحق فيه شرعا، ولم يشترط القانون أن يتم التلقيح الصناعي بطريقة معينة فيستوي أن يتم بالطرق الطبية الحديثة أو الطرق البدائية المعروفة لدى بعض أهل الريف⁶³، ويتضح مما تقدم أن تشريعات كثيرة أباحت إجراء التلقيح الاصطناعي، ولكن بحسب توجه كل تشريع وما يتلاءم مع الحياة الاجتماعية لأفراده، وحظرت بشكل أو بآخر العمليات الطبية التي تهدف إلى إجراء تلقيح صناعي باستعمال الأم بالوكالة، وبذلك فإنها تؤدي إلى مسؤولية الطبيب، إذ أن هذه التصرفات لا تبررها أية ضرورة طبية بالنسبة للأم بالإنبابة و أنها بالإضافة إلى ذلك تحملها على عدم تجنب أخطار غير متوقعة، ولكن ما هو موقف الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري من هذه الأعمال الطبية ؟

المطلب الثاني : موقف الشريعة الإسلامية:

إن عمليات التلقيح الاصطناعي عند الغربيين، ما هي إلا حالات من علاج العقم عند الرجل أو المرأة أو عندهما معا، وهذا المعنى والنطاق الواسع لا يقره الإسلام إلا في حدود الشرعية، التي لا ينشأ عنها اختلاط الأنساب ولا فقدان الترابط العائلي، فمن حيث المبدأ يجوز في الشريعة الإسلامية استعمال الأطباء لهذه الوسيلة لمساعدة الزوجين الذين يشكوان العقم على الإنجاب، ولكن لابد من توافر شروط وضوابط محددة، أولها أن يتم بين زوجين⁶⁴ وقد أثارت قضية تعدد الزوجات مسألة التلقيح بين زوجتين لرجل واحد على أن هذه الحالة تخص الرجل المسلم، أي أن يتم التلقيح بأخذ ماء الرجل و بويضة غير مخصبة من إحدى زوجاته ووضعها بعد التلقيح برحم زوجته الأخرى، وتوزع الرأي حول هذه المسألة فرأي أجاز ذلك على أساس موافقة أطراف العلاقة أي الزوج والزوجة الأولى والزوجة الثانية، وفيما يتعلق بالنسب فينسب الولد لأبيه وللزوجة صاحبة البويضة أما الحاضنة فتعتبر بمثابة أم من الرضاع، أما الرأي الثاني فيرى أن الأم التي ولدت، هي الأم الحقيقية وينسب الولد لأبيه و أمه التي ولدتها فالعمل الطبي هنا يجب أن ينحصر في إحداث التلقيح بين بويضة الزوجة ومني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره، وفي هذا يقول الشيخ جاد الحق " فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا ويكون في معنى الزنا ونتائجه، وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلى الأب جبراً، وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً"⁶⁵.

ثاني هذه الشروط هو وجوب أن يكون محل التلقيح زوجان مرتبطان بعقد قران لتحقيق غرض من أغراض الزواج وهو التماسل، لقوله صلى الله عليه

وسلم " تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة " ، وهذا خلافا لبعض التشريعات الغربية التي تتيح للرجل والمرأة المتعاشرين غير المتزوجان اللجوء إلى عملية التلقيح الصناعي من أجل الإنجاب، ولعل أهم شرط هو ألا يتم التلقيح إلا إذا دعت إليه الضرورة القصوى، بأن استحال على المرأة أن تحمل من الواقعة الطبيعية لأن الأمور تعلل بمصالحها، ذلك أن المرأة في التلقيح الصناعي تكشف عن فرجها للطبيب لإجرائه، وهذا عمل يتنافى مع ما جاء في الآية الكريمة " قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون، وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن و يحفظن فروجهن ولا ببيدين زينتهن إلا ما ظهر منها ⁶⁶ .

ومن الفقهاء من يؤكد على أن يجري هذه العمليات طبيب مسلم حاذق في مهنته بعد تبصيره للزوجين، والأفضل من ذلك أن تقوم به طبيبة امرأة فان تعذر ذلك فطبيب مسلم ولكن بحضور الزوج، ضف إلى ذلك التأكيدات الطبية على عدم اختلاط النطف في بنك حفظ المني التي يجب عليها لزاما عدم التعامل مع بائعي النطف هذا وقد قرر مجلس المجتمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي⁶⁷ في ختام قراره الصادر في شأن الإنجاب بطريقة التلقيح الاصطناعي "...ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملاسبات حتى في الصور الجائزة شرعا، ومن احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت فان مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم ألا يلجأ إلى ممارسته الا في حالة الضرورة القصوى وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح " ، غير أن هذا التلقيح إذا كان مفهوما ومقبولا شرعا وتشريعا، إلا أنه من جهة أخرى من الصعب تأييد عملية تلقيح الزوجة بماء غير ماء الزوج و هذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بقوله " إن تلقيح بويضة امرأة بمني رجل ليس زوجها و استبدال أو خلط مني الإنسان بغيره، وكذا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطاف رجال لهم

صفات معينة لتلقيح نساء لهن صفات معينة، كلها محرمة و ممنوعة على الإطلاق لم يترتب عليه من اختلاط الأنساب و ضياع الأسر"، وهذا ما ورد في الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية الصادرة بتاريخ 1980/3/23، والتي أقرت صورة وحيدة للتلقيح الصناعي (و هي تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج) دون باقي الصور، والتي أدخلتها تحت باب الزنا والولد الناتج عنها هو ولد غير شرعي، والطبيب هو الخبير الفني في إجراء التلقيح الصناعي أيا كانت صورته فان كان عمله في صورة غير مشروعة كان آثما وكسبه حرام...⁶⁸ وعموما يكاد يجمع الفقهاء المعاصرون على إباحة الإجراء الطبي الذي يستهدف التلقيح الاصطناعي بين مائي الزوجين وأنه حرام متى كان في الأمر طرف ثالث سواء كان منيا أم بويضة أم جنينا أم رحما، غير أن هذه الطريقة الأخيرة التي لم يتقبلها حتى الغربيون فأولى بالمسلمين أن يعرضوا عنها ذلك أن التكافل الاجتماعي والتراحم المفروض على المؤمنين لا يوجب أن تعين المرأة غير العاقر المرأة العقيم من أجل الإنجاب، وعليه إذا كان رحم الزوجة غير قادر على الحمل فلا يجوز قط للأطباء إعانة امرأة أخرى أن تؤجر رحمها على الحمل عوضها، سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة وإلا سنكون قد خرجنا عن فطرة الله التي فطر الناس عليها.

المطلب الثالث: موقف القانون الجزائري:

يمكن دراسة موقف التشريع الجزائري من خلال دراسة النقاط التالية:

أولا: الإباحة القانونية بإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي:

سبق الذكر أن أهم ميزة للأعمال الطبية هو اختلافها عن الأطر التقليدية لممارسة العمل الطبي، والتلقيح الاصطناعي باعتباره أحد هذه الأعمال فقد أثر بالخصوص في مسألة الزواج والبنوة، مما يستتبع حتما أن يعالجه المشرع خاصة في القوانين المنظمة للأحوال الشخصية، والمتفحص للقوانين الجزائرية يلاحظ

أنه حتى قبل فيفري 2005 لم يوجد فيها ما يدل على أن المشرع الجزائري قد ساير التطور الطبي وأقر بهذه المساعدة الطبية على الإنجاب، وبتفسير النصوص الخاصة بالنسب في قانون الأسرة⁶⁹، فإنها لم تثبت النسب إلا للولد الشرعي أي الذي اتصل والداه جنسيا وهذا ما جاء في نص المادة 41 التي تقرر أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة" أما إذا التقت بويضة المرأة بماء زوجها بواسطة الغير كان ذلك تصرفا غير مشروع.

لكن أمام تطور وسائل الحمل التي اكتشفتها العلوم الطبية في العقود الأخيرة، وأمام تدخل الأحكام الشرعية المعاصرة والتي تطرقت للإنجاب بواسطة التلقيح الصناعي وأباحته في صورة وحيدة، وأمام رغبة الكثير من الجزائريين ممن يعانون العقم بتطبيق هذه العملية وخاصة بعد إثبات الأطباء الجزائريين لقدرتهم على تحقيق مثل هذه التدخلات، كان لابد على المشرع الجزائري أن يسمح بهذا العمل للأطباء وأن ينظمه بنصوص قانونية فجاء تعديل قانون الأسرة⁷⁰، والذي قرر في المادة 45 مكرر على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي، وتخضع هذه العملية للضوابط التالية:

1. أن يكون الزواج شرعيا.
2. أن يتم بين زوجين و أثناء حياتهما.
3. أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة.
4. لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما اعتمد بعضا من الشروط التي قررها فقهاء الشريعة الإسلامية، عندما قصر عملية التلقيح على زوجين يربطهما عقد قران شرعي، وبمائتهما (بويضة الزوجة و مني الزوج)، وأثناء حياتهما لأن بعضا من القوانين تجيز للأطباء إجراء عمليات تلقيح صناعي للزوجة حتى بعد وفاة

زوجها⁷¹، لأن ذلك يثير العديد من المشاكل أهمها الاعتراف بهذا الولد و كذا مسائل الميراث خاصة في حالة لجوء الزوجة الأرملة إلى الحمل بعد وفاة زوجها أكثر من مرة⁷²، وحين قطع المشرع الجزائري بأن العملية يجب أن تتم في حياة الزوجين كليهما فإنه خيرا فعل⁷³، أضف إلى ذلك أنه منع منعاً باتاً اللجوء إلى طريقة الأم البديلة أو الأم الحمالة.

ولكن تعديل قانون الأسرة هذا يبقى غير كاف لإضفاء الحماية الكاملة على الإنجاب البشري أمام التطور الطبي، الذي ينبغي أن تواكبه نصوص تنظيمية و أخرى عقابية رادعة، ذلك أن النص على إجازة هذه الطريقة للإنجاب في صورتها الوحيدة أي بدون تدخل طرف ثالث يثير بدوره مشاكل عدة.

ثانياً: القصور الذي يؤخذ على التشريع الجزائري:

كما سبق فإن المشرع الجزائري قد أقر بعض الشروط التي وضعها الفقهاء المسلمون لإباحة التلقيح الاصطناعي لدى الزوج العقيم، لكنه أغفل شرط الضرورة الملحة أو الضرورة القصوى، وهي حالة التأكيد الطبي على عدم إمكانية الإخصاب بالطرق العادية، فالنص جاء عاماً و يمكن حتى الزوجين الذين ليس لديهما أي عائق للحمل بالطرق العادية استعمال هذه الوسيلة للإنجاب ولو على سبيل التجربة والمغامرة، وتبعاً لذلك لم يتم النص قانوناً على مسؤولية كل من الطبيب والزوجين الذين يقومون بهذا التدخل في غياب شرط الضرورة الملحة.

أضف إلى ذلك فإنه لم ينص على ضرورة توافق رضا كل من الزوجين، أم أنه يفترض هذا الرضاء؟ وبالنتيجة إلى ذلك فإنه لم يحدد الجزاء في حالة تخلفه ورغم ذلك قام الطبيب بإجراء التلقيح الاصطناعي؟، فكان الأحرى بالمشرع النص على أنه في هذه الحالة يعد الطبيب مسؤولاً لتخلف الغرض العلاجي ذلك أن هدف التلقيح لا يمكن ولا يجب أن يكون علاجياً إلا بموافقة الزوجين، باعتبار أن هذه العملية تقتضي تبادل الرضا لضمان نجاحها، ولا بد من الاستقرار

النفسي والبدني، والتعاون المتبادل بين الزوجين فالرضا أساس عقد الزواج الشرعي، ويتوافره فإن هذه العملية تشبه إلى حد بعيد التلقيح الناشئ عن الجماع الطبيعى بين الزوجين⁷⁴، ومن ثم وجب الحصول على الموافقة التي ينبغي أن تكون كتابية تخلي الطبيب من المسؤولية في حالة المنازعة، وافترض عدم الحصول عليها في غيابها أيضا ما هو الحكم القانوني في حالة رضا الزوج وبعد تمام عملية التلقيح أو الولادة يرفض الاعتراف بالمولود⁷⁵، أيضا مع عدم وجود نصوص عقابية حول هذا الموضوع يبقى السؤال المطروح هنا هو أن الطبيب في غياب هذه الموافقة، وإجرائه لعملية التلقيح هل يعد مرتكبا لجريمة الاغتصاب؟ الواقع أن الاغتصاب يتطلب الاتصال الجنسي الكامل دون رضا صحيح ممن وقع عليها الاعتداء، وهو ما لا يمكن القول به في هذه الحالة، وإنما يمكن تطبيق نصوص هتك العرض بالقوة، لأن الطبيب هنا قد أخل إخلالا جسيما بحياء المرأة (لأنه قام بإجرائه على عورتها)، أضف إلى ذلك أنه في حالة القيام بهذا الاعتداء في حضور الغير يمكن أن يسأل الطبيب عن جريمة فعل مخل بالحياء أوفعل فاضح علني تطبيقا للمواد 334 و335 من قانون العقوبات و ما بعدها، حيث أن الفعل المخل بالحياء يقصد به العبث بجسم المعتدى عليه وعرضه⁷⁶.

كما يكمن إثارة إشكالية أخرى تتعلق بغياب النص على ضرورة التأكيد الطبي الصارم بمنع اختلاط النطف، والبويضات خشية اختلاط الأنساب، وعليه كيف تكيف المسؤولية الطبية في حالة وقوع هذا الخلط؟ هل تطبق نصوص الخطأ (المادة 289 ق ع)؟ أم تطبق النصوص الخاصة بإعطاء مواد ضارة بالصحة (المادة 275 من ق ع) بالرغم من الاختلاف الواضح بين الحالة المجرمة في المادة والخطأ الطبي أمام نتيجة لها الأثر الخطير على حياة الأسرة وتوازنها، وللتوضيح فمثلا نتيجة لخطأ طبي لقحت بويضة الزوجة بمني رجل غير الزوج فما هي آثار ذلك؟ هل تعتبر الزوجة زانية وقد حملت ابنا لها ولكنه

ليس ابنا لزوجها؟ على اعتبار أن الوقاع المطلوب في جريمة الزنا يمكن أن يكون في هذه الحالة اتصالا بيولوجيا عن طريق نقل اللقائح، فيعد بمثابة وقاع حكمي، الذي يرى البعض إمكانية قيامه مقام الوطاء الفعلي⁷⁷ فهل يمكن تطبيق القاعدة الشرعية "الولد للفراش و للعاهر الحجر" أمام تقدم تقنيات إثبات النسب بالطرق العلمية (عن طريق البصمة الوراثية) والتي أقرها المشرع في نص المادة 40 مكرر⁷⁸؟ وبالتالي ما هو وضع الطفل الذي ولد نتيجة هذا الخطأ الطبي؟

مثال آخر لهذا الخطأ و لكن في حالة البويضة المخصبة ليست أصلا للزوجين فهل تكون أمام حالة الأم البديلة التي جاء النص صريحا على عدم جوازها؟، وفي نفس الاطار هل يمكن للزوجة الثانية أن تحمل بويضة مخصبة لضررتها أم أنها تدخل دائما تحت عدم جواز الأم البديلة؟ كما يطرح التساؤل حول ما إذا كان يحق للأطباء إجراء عملية إجهاض لهذا الجنين الذي كان ثمرة تلقيح اصطناعي وأيضا في حالة تشخيص تشوه عام (وعموما فهذا التساؤل يطرح بشكل عام حول إمكانية الإجهاض العلاجي في حالة الإثبات الطبي بتشوه الجنين الذي أجازته بعض الفقهاء المسلمين⁷⁹).

كما سبقت الإشارة إليه، فإن عمليات التلقيح الاصطناعي تتم بعد الحصول على بويضة المرأة و السائل المنوي من الرجل وتخصيب عدد كبير من البويضات، والتي قد يتم تخزينها في بنوك خاصة بعد ذلك، وعليه يمكن التساؤل حول مصير الأجنة الباقية بعد تلقيح الزوجة بنجاح منذ المرة الأولى؟ وفي سياق آخر ما هو مصير هذه البويضة المخصبة في حالة اعتراض أحد الزوجين أو كلاهما عن الإقدام مضيا في العملية بعد موافقتهم عليها وإجراء كامل الفحوصات؟ فهل يمكن للأطباء إعدامها؟ وهل يعتبر هذا إجهاضا؟ وهذا ما قد يجعل الأطباء يستعملون هذه الأجنة الباقية في البحوث والتجارب الطبية، فهل

يجيز المشرع الجزائري ذلك لهم؟ ويمكن الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا في تكييف مثل هذه الحالات، فاتجه فريق منهم إلى المطالبة بتوسيع نطاق الحماية الجنائية الذي يحكم جريمة الإجهاض في قانون العقوبات ليشمل أيضا الحيوانات المنوية خارج الرحم، باعتبار أن الهدف الرئيسي من وراء تجريم الإجهاض يتمثل في حماية الجنين البشري منذ بداياته الأولى⁸⁰، بينما أصر البعض الآخر على ضرورة إصدار تشريع خاص يعالج بين ثأياه هذه المسألة من كافة جوانبها، في حين يتجه رأي آخر إلى أن مجرد التقاء الحيوان المنوي بالبويضة لا يشكل جنينا فهو ينفي صفة الجنين عن الأمشاج الملقحة خارج الرحم، وبالتالي فلا بأس من ممارسة التجارب والأبحاث العلمية عليها ولا مسؤولية جنائية لمن يقوم بإتلافها⁸¹، ويمكن الإشارة في هذا المجال إلى أن المشرع الفرنسي قد نص على تجريم الاتجار باللقائح الأدمية تحت غطاء البحث العلمي أو الاستخدام التجاري وفي هذا المجال ميز بين جريمتين⁸²:

الجريمة الأولى: جريمة استعمال اللقاح الأدمية لأغراض صناعية تجارية و تقوم بمجرد إجراء عملية التخصيب في الأنبوب، و لو لم يتم استخدام المشيج الناتج عن هذه العملية بالفعل طالما كان الباعث هو استخدام اللقيحة الناتجة في الأغراض الصناعية التجارية.

الجريمة الثانية: تتعلق باللقاح المحفوظة وهذه الجريمة تقتض سرقة اللقاح الأدمية المجمدة والمخصصة أصلا لاستخدامها في الإنجاب الصناعي، ثم القيام بدمجها في مركبات عضوية أو كيميائية أخرى ليتكون منها مستحضر دوائي أو طبي بغية بيعه وتسويقه،

وكذا في حالة إجراء دراسات طبية مخالفة للشروط الطبية والضوابط القانونية الواجب إتباعها. هذا ولا يمكن إغفال حال المساءلة الجزائية للشخص المعنوي (الهيكل المتخصصة) الذي وفي إطاره تم إجراء تجاوزات طبية في هذا

المجال، فهل يساءل الشخص المعنوي الخاص كما جاء في النص العام لتعديل قانون العقوبات (2004).

حالة أخرى يثور التساؤل حول إجازتها من عدمه في القانون الجزائري، وهي حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية ولمدة طويلة كالمؤبد، فهل يحق له وزوجه إجراء عملية التلقيح الاصطناعي للإنجاب؟ العملية التي يذهب كثير من الفقهاء القانونيين إلى إجازتها باعتبار أن الإنجاب من الحقوق الشخصية التي لا يمكن أن تمتد إليها العقوبة⁸³

وفي الختام فإن هذه مجموعة من التساؤلات وجب على المشرع الجزائري الإجابة عليها من خلال وضع نصوص قانونية محكمة تضبط و تحدد العمل الطبي الذي يمس الحياة التناسلية لأفراد المجتمع بدون إغفال النصوص العقابية الرادعة في حالة المخالفة.

الهوامش

1. أنظر: الدكتور تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية البيولوجية، 2001 - ديوان المطبوعات الجامعية - ص 71.
2. R.Savatier « le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologies in D 1948 ch. 7 p 34.
3. وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك عندما رفضت إباحة إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز عمره أربعة أشهر، وقد ذهب رأي في الشريعة الإسلامية إلى أن الإجهاض مباح في هذه الحالة وهو ما رفضته المحكمة لاختلاف الرأي حوله و اعتبرت الإسقاط جنائيا و لو ارتكب قبل أن يتشكل الجنين و تدب فيه الحركة) نقض 1970/12/27 ورد هذا في كتاب شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - للدكتور أحمد كمال سلامة - مكتبة نهضة المشرق - ص 172.
4. Renucci Jean François :Le droit pénal des mineurs.Édition masson 1994, revue de droit pénal et de criminologie depuis 1953.p 50
5. أنظر: الدكتور عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي الجزء الثاني - مؤسسة الرسالة ص 293.
6. أنظر: شريف الطباخ في جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء - دار الفكر الجامعي - 2003 ص 121.

7. أنظر: الدكتور مديحة فؤاد الخضري و أحمد بسيوني أبو الروس في "الطب الشرعي ومسرح الجريمة و البحث الجنائي" - المكتب الجامعي الحديث - بدون سنة طبع ص 195.
8. أنظر: شريف الطباخ في المرجع السابق ص 125 و 126 و أنظر الدكتور مديحة فؤاد الخضري في المرجع السابق ص 197 و ما بعدها: "و من هذه الأخطار الصدمة العصبية وقت إدخال الآلة في عنق الرحم، الانحذاف الهوائي الرئوي بسبب حقن السوائل في الرحم باستعمال الحقنة الشرجية مما يؤدي إلى وفاة المرأة، النزيف الذي ينشأ عن تمزق المهبل أو الرحم أو عدم انفصال المشيمة أو عدم انمام الإجهاض و قد يؤدي كذلك إلى وفاة المرأة، العدوى القيحية و تأتي غالبا من استعمال آلات غير معقمة و تزداد القابلية للعدوى القيحية عند إحداث تمزقات أو ثقب بالرحم و المهبل مما يؤدي غالبا إلى تسمم قيحي ينتهي بالوفاة.
9. حيث جاء في قسم أبوقراط (قسم الأطباء) "و لا أعطي دواء قتالا أو أشير به، أو لبوسا مستقلا للجنين..."
10. وتقابلها المادة 532 من قانون العقوبات السوري و المادة 227 من قانون العقوبات المصري و المادة 317 من قانون العقوبات الفرنسي.
11. وجاء نص المادة 304 ق ج ك كما يلي: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 10000 د ج و إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة و في جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".
12. أنظر: شريف الطباخ في المرجع السابق ص 126.
13. أنظر: محتسب بالله و ياسين دركزلي المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق الطبعة الأولى 1984 دار الإيمان ص 411 نقض (1980).
14. أنظر: محتسب بالله و ياسين دركزلي في المرجع السابق ص 410.
15. MM;HNNOUZ,A;R;Hakem :précis de droit médical Op. cit.p 100
16. وقد اختلف الفقهاء المسلمون حول جواز الإسقاط قبل نفخ الروح فيه (قبل 4 أشهر) راجع في ذلك الدكتور محمد عبد الجواد في المرجع السابق ص 54 و ما بعدها.
17. أنظر: محمد عبد الجواد: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون في الطب الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 57.
18. أنظر: عبد القادر عودة في المرجع السابق ص 293.
19. أنظر: ميكالي الهواري في مقال له حول المسؤولية الطبية عن الإجهاض في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية موسوعة الفكر القانوني ص 70 و ما بعدها.
20. و يذكر حنوز و حاكم في مرجعهما مجموعة من الحالات المرضية التي يقع فيها الإجهاض العلاجي أنظر مرجعهما السابق ص 101.

21. أنظر: الدكتور محمد صبحي نجم في "رضاء المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة دم. ج ص 149.
22. فرنسا 10 أسابيع، الدنمارك 12 أسبوع، السويد 18 أسبوع، بريطانيا 26 أسبوع، إيطاليا 13 أسبوع، الصين 9 أشهر، اليابان 9 أشهر، الولايات المتحدة الأمريكية 9 أشهر.
23. ففي فلندا مثلاً يعد سبباً مبرراً للإجهاض إذا كانت المرأة تبلغ أقل من 17 سنة أو أكثر من 40 سنة (قانون 1978/7/14)، و المشرع الإيطالي يأخذ بعين الاعتبار الظروف العائلية (قانون 1978/5/22) وفي الدنمارك أجاز المشرع الإجهاض بسبب الظروف الاجتماعية و الاقتصادية للمرأة (قانون 1975/6/12).
24. أنظر: الدكتور محمد حسن قاسم إثبات الخطأ في المجال الطبي دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2004 ص 202.
25. أنظر: وقائع القضية الكاملة في Responsabilité Angelo Castelletta . médicale. Droit des malades / Dalloz 2002 p 221.
26. و قد جاء قرار محكمة النقض الفرنسية كما يلي:
27. Des lorsque les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contras formes avec la mère de l'enfant avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et cause par les fautes retenue/ cass. Ass. Pler.17nov.2000.D2000.jur.p332 note D.Mazeaud.
28. Layhes Prejudice de l'enfant né handicapé. La plainte de job devant la cour de cassation. Dalloz 2001 dotri p 492. Mattei. Leyée de boucliers contre l'arrêt perruche. Quotidien du médecin 23/7/2001.
29. Dalloz2002 p 222.
30. أنظر شريف الطباخ في المرجع السابق ص 121.
31. أنظر في ذلك : MM ;HNNOUZ, A ;R ;Hakem OP cit p 102
32. أنظر الدكتور تشوار الجيلالي في المرجع السابق ص 84.
33. أنظر الدكتور ميكالي الهواري في المرجع السابق ص 73 و راجع موقع الانترنت "Contraception et avortement. L'algerie autorise des femmes violées"
34. و يكون عند الانثى ربط النفيرين (Ligature des trompes Fallog) لمنع البويضة من الانتقال إلى الرحم، و عند الذكر بقطع الأقتية التي يخرج منها المنى القادم من الخصية (Vaseclomie)
35. أنظر الدكتور محمد حسن قاسم في المرجع السابق ص 194.
36. هو تعقيم إجباري يرغم الشخص على تحمله بناء على نص قانوني، يطبق على المجرمين معتادي الإجرام، المنحرفين جنسيا، المصابين بالصرع... و يهدف إلى وقاية الأجيال القادمة من خطر الإصابة بالعيوب الوراثية الجنسية.

37. هو تعقيم اختياري يسعى إليه الأفراد لاعتبارات منها الاقتصادية والعائلية وقد حثت بعض الدول ذات النمو السكاني المرتفع على اللجوء إليه.
38. مورس هذا النوع من التعقيم في العديد من الدول وعلى رأسها ألمانيا، وقد قضت محكمة جنات سويسرا عام 1949 في قضية المدعو "كورير" والذي لم يكن قد تجاوز 27 من العمر بتعقيمه لارتكابه 72 جريمة خلقية. و أثناء انعقاد المؤتمر الدولي لقانون العقوبات بمدينة لياج "Liège" بلجيكا في أكتوبر 1949 اقترح أحد الأعضاء البلجيكيين الموافقة على تطبيق عقوبة الخصى على الذين ينغمسون في الشهوة البهيمية، إلا أن المؤتمر رفض هذا الاقتراح وبالإجماع لما في الخصى من اعتداء على الكرامة الإنسانية و الحق في سلامة هذا الجسم وقد اختفى هذا النوع من التعقيم في الوقت الحاضر.
39. أنظر الدكتور محمد حسن قاسم في المرجع السابق ص 194.
40. وقائع القضية مذكورة في المرجع السابق لمحمد حسن قاسم ص 195 "Cass.Civ.9/5/1983".
41. أنظر في مجموعة القوانين الصادرة في عهد هتلر كقانون حماية الصحة الوراثية للشعب الألماني وقانون حماية الدم وقانون رعية الرايخ لمحمد سليم محمد غزوي في جريمة إبادة الجنس البشري، الطبعة الثانية 1986 مؤسسة شباب الجامعة للطباعة و النشر الإسكندرية ص 22 وكذلك الدكتور نصر الدين مروت الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشرعية الإسلامية الديوان الوطني للاشغال التربوية 2003 ص 79.
42. أنظر أحاديث العزل في صحيح البخاري كتاب الشعب الجزء الثامن 8 ص 154 و الجزء التاسع 9 ص 148.
43. الأسباب الثلاثة التي يجيزها: 1- العزل في السراري 2- العزل بنية استبقاء جمال المرأة و سمنها 3- العزل بنية الخوف من كثرة الحرج بسبب كثرة الأولاد، أما الأسباب التي لا يجيزها: 1- العزل بسبب الأولاد الإناث 2- أن تمتنع المرأة لتعززها و مبالغتها في النظافة.. أنظر الشيخ الإمام الغزالي في كتابه « إحياء علوم الدين - مؤسسة الحلبي 1387 - 1967 الجزء 2 ص 66.
44. أنظر الشوكاني في نيل الأوطار لشرح منتهى الأخبار من أحاديث سير الأخبار الجزء السابع مطبعة مصطفى جلي - مصر - بدون سنة الطبع ص 15.
45. أنظر محمد عبد الجواد في المرجع السابق ص 52 و 53.
46. أنظر محمد عبد الجواد في المرجع السابق ص 87 - 88 في الإجابة على تعدد التضاجع غير الشرعي لدى المرضى بأمراض عقلية.
47. أنظر الدكتور نصر الدين مروت في المرجع السابق ص 91 نقلا عن فتاوى لبعض علماء المسلمين في كتاب تنظيم الأسرة في الإسلام، الناشر المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية - الجزائر - 1989.
48. عن فتاوى الشيخ أحمد حماني ص 556 وما بعدها.

49. التلقيح بكيفيته هذه معروف منذ زمن قديم في الأوساط الشعبية الشرقية، حيث يكون الزوج عقيما فتقوم زوجة رجل غير عقيم بوضع قطعة من الصوف في فرجها ثم تتم عملية الجماع فيعلق المنى بالصوف، ثم توضع في فرج المرأة الأخرى ويجمعهما زوجها بعد ذلك مباشرة، ومن الواضح أن هذه المجامعة الأخيرة لا أثر لها في التلقيح ولكنها لتضليل هذا الزوج العقيم.

50. أنظر الدكتور محمد عبد الجواد في المرجع السابق ص 114.

51. العقم مرض يصيب الزوج وله أسباب مختلفة، منها ضعف قدرة الخصية في إنتاج الحيوانات المنوية أو انسداد في القنوات الموصلة للخصية والمؤدية للخارج، أو عوامل أخرى لها علاقة بالقدرة على الاتصال الجنسي أما العقم الذي يصيب النساء فسببه عدم قدرة المبيض على إنتاج بويضات ناضجة سليمة قابلة للتلقيح، أو وجود انسداد بقناة فالوب، مما يمنع التقاء الحيوان المنوي بالبويضة الناضجة، وقد يكون المبيض سليما والأنابيب سليمة لا تستطيع التقاط البويضة الناضجة في المبيض لأسباب مختلفة.

52. أنظر مكرلوف وهيبه المسؤولية الجنائية للأطباء في استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة مذكرة ماجستير -جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2003 - 2004 ص 59.

53. أنظر العربي الشحط مقال عن نظام الإنجاب الاصطناعي "مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية" العدد الرابع ص 10.

54. تتم هذه العملية بأن تعطى السيدة حقنة "برجونا" بعد ابتداء الدورة موعد التبويض، ثم يجري تحليل للدم لمعرفة نسبة ازدياد هرمون الاستروجين، وتسقط أشعة بالموجات فوق الصوتية للمبيض لقياس حجم الحويصلات، وبعد أسبوعين من ابتداء الدورة الشهرية تكون الحويصلات قد بلغت الحجم المطلوب ثم تعطى السيدة حقنة من الهرمون المنشط لانطلاق البويضة لكي يحدث التبويض في ظرف 38 ساعة، وقبل ذلك مباشرة تدخل السيدة المستشفى وتزرع منها بويضات بطريقة خاصة لتوضع في أطباق معينة مزودة بمادة مغذية للبويضات، وبعد ذلك يؤخذ السائل المنوي للرجل وتستخلص منه الحيوانات المنوية وتوضع في حضانات خاصة، وفي كل طبق به بويضة واحدة يوضع خمسمائة ألف مليون ونصف حيوان منوي، ويوضع هذا المزيج في حضانة لمدة 38 ساعة إلى 48 ساعة وفي هذا الوقت تكون النطفة الملقحة قد انقسمت الى عدة خلايا وتوضع في رحم الزوجة بواسطة الحقن.

55. ذلك أن الالتزامات الناشئة عن الزواج لا سيما واجب الإخلاص يعتبر من النظام العام وقيام شخص آخر غير الزوج لأداء وظيفة من أهم وظائف الزواج وأخطرها ألا وهي الإنجاب، أمر يتعارض تماما مع نظام الأسرة وكذا نظام الأبوة بالإضافة إلى الآثار النفسية السيئة التي يخلفها هذا النوع من التلقيح راجع في ذلك الدكتور نصر الدين مروت في المرجع السابق ص 406.

56. أنظر محمد عبد الجواد في المرجع السابق ص 118.

57. Alain Janaud, l'enfant à tous prix point actuels. Editions du seuil 1983 p 140 et 141 (centre d'étude et de conservation du sprême humain-geniviere de laisi de parseval).

58. فقي حالات قررت مؤجرة البطن الاحتفاظ بالطفل، وفي حالات أخرى كان الطفل لزوج مؤجرة البطن وفي حالات ثالثة أن الأم البديلة وكذا الزوجين رفضوا أخذ الطفل لأنه طفل مشوه، راجع الدكتور تشوار جيلالي في المرجع السابق ص 110.
59. ورغم ذلك وبعد نشر هذا التقرير في عام 1985 ولد أول طفل نتيجة للوسيلة محل البحث، وتعرف القضية بـ "Baby Cotton" حيث أن السيدة Cotton في إنجلترا وافقت على عرض قدمته هيئة أمريكية متخصصة في تنفيذ العملية و شمل العرض دفع مبلغ من المال مقابل أداء المهمة المطلوبة وإنجاب طفل وتسليمه للزوجين في الوهم، وكانت النطفة المخصبة للزوجين ونفذ الاتفاق وبعد الولادة رفضت السيدة تسليم الطفل ولكن محامي الزوجين تمكن من سرقة الطفل من المستشفى وسلمه للزوجين اللذين هربا به إلى أمريكا، وبعد ذلك حكمت المحكمة العليا بتسليم الطفل لأبويه الطبيعيين كما سمته وهو الزوج الأمريكي، وللعلم أن السيدة Cotton قد صرحت أمام القضاء أن حملها هذا سيسمح لها بترميم بيت عائلتها (العملية هذه تعتبر هذه عملية تجارية بحتة). وفي قضية أخرى لعام 1994 حيث إن السيدة باميلة "Pamela" وهي سيدة أمريكية متزوجة وأم لطفل أرادت مزاولة دراستها الجامعية للحصول على شهادة الدكتوراه إلا أن ذلك قد تطلب منها دفع مبالغ مالية ضخمة وبما أنها بطالة فرضيت بتأجير بطنها مقابل 10000 دولار أمريكي.
60. أنظر الدكتور أحمد عبد الدائم أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 1999 ص 73.
61. القانون رقم 653/94 الصادر في 1994/7/29 المتعلق باحترام جسم الإنسان وكذا القانون رقم 654/94 الصادر بنفس التاريخ والمتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتجات من جسم الإنسان.
62. أنظر الدكتور أحمد عبد الدائم المرجع السابق ص 83 وما بعدها. القرار الصادر بتاريخ 31 ماي 1991، وبالرغم من هذا القرار فقد أصدرت محكمة استئناف بواتي قرارا في 1992/1/25 يقضي بخلافها ذهبت إليه محكمة النقض (أنظر الدكتور جيلالي تشوار في المرجع السابق ص 117).
63. أنظر الدكتور جيلالي تشوار في المرجع السابق ص 119.
64. أنظر نصر الدين مروت في المرجع السابق ص 119.
65. راجع سميرة عايد الدايات عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين الشرع والقانون مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع طبعة 1999 ص 199.
66. أنظر الدكتور بلحاج العربي في المرجع السابق ص 598.
67. القرآن الكريم سورة النور الآيتين 30 و 31.
68. مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي - الدورة الثالثة المنعقدة في عمان - من 11 إلى 16 أكتوبر من عام 1986 مذكور في مرجع الدكتور تشوار جيلالي في المرجع السابق ص 106.
69. أنظر عرض الفتوى بأكملها في المرجع السابق للدكتور نصر الدين مروت ص 418 وما بعدها.
70. قانون الأسرة رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984.

71. أنظر تعديل قانون الأسرة الصادر بموجب الأمر رقم 2/5 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 7 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة - الجريدة الرسمية لعام 2005 رقم 15.
72. فقد توصلت الدراسات العلمية إلى إمكانية تجميد تلك الخلايا الإنسانية لفترة معينة تسبق تحللها، وتبقى خلالها صالحة للإخصاب، وهناك حالات تم فيها الإخصاب ثم الحمل بعد وفاة الزوج وبصفة خاصة في إنجلترا.
73. ويكيف البعض هذه العملية قانوناً على أنها وصية و يعامل المني البشري معاملة التبرع بالأعضاء أنظر سميرة عايد الديات المرجع السابق ص 191.
74. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإنجليزي في المادة 285 من قانون الخصوبة البشرية و علم الأجنة الصادر عام 1990 نص على أن الزوج إذا توفى و بعد ذلك استخدمت خلاياه التناسلية في تكوين الجنين و إحداث الحمل فلا يعد والد الطفل. كما يمكن الإشارة إلى حكم محكمة "تولوز" الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 1989 بأنه لا يمكن أن يسلم مني الزوج بعد وفاته لزوجته بغية أن تلحق به.
75. أنظر سميرة الدايات المرجع السابق ص 191
76. وهذا ما عالجه القضاء المقارن حين نظرت محكمة بومباي بتاريخ 1990/1/18 في قضية زوج يعاني من حالة العقم فاتفق مع زوجته على إجراء تلقيح اصطناعي بغير نطفته، و ككل ذلك بميلاد طفل لهما و استند الزوج إلى أن زوجته كانت على علاقة غير شرعية برجل آخر خلال فترة سابقة وليس ثمرة تلقيح اصطناعي بنطفة الغير، في حين أن الزوجة تمسكت بالرضا المسبق للزوج على عملية التلقيح، و قررت المحكمة رفض الطلب المقدم إليها من طرف الزوج، راجع في ذلك مكرنوف وهيبه المرجع السابق ص 73.
77. أنظر الدكتور عبد العزيز سعد الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري الشركة الوطنية للنشر و التوزيع الجزائر ص 11.
78. أنظر الدكتور مهند صلاح أحمد فتحي العزة الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة دار المطبوعات الجامعية الجديدة للنشر 2002. ص 282.
79. المادة 40 مكرر: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 - 33 و 34 من هذا القانون يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".
80. إذ يقول الشيخ "يوسف القرضاوي" في كتابه الحلال و الحرام في الإسلام أنه: إذا ثبت لنا بطريقة علمية مؤكدة أن الجنين سينزل مشوها و يعيش حياته في ألم و تعاسة له و لمن حوله فقواعد الشريعة الإسلامية لا تمنع من إسقاطه و حصرها في المدة الأولى من الحمل. أنظر الدكتور الشيخ "يوسف القرضاوي" في المرجع السابق - الطبعة الثانية - 1988 ص 166.
81. أنظر الدكتور مهند صلاح أحمد فتحي العزة المرجع السابق ص 283.
82. أنظر الدكتور مهند صلاح أحمد فتحي العزة المرجع السابق ص 274.
83. أنظر الدكتور مهند صلاح أحمد فتحي العزة المرجع السابق ص 333.
84. أنظر هذا الموضوع بالتفصيل في المرجع السابق للدكتور "نصر الدين مروك" ص 403 و 404.