

مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

أ.بن صغير مراد

ملخص:

تعالج هذه الدراسة المشاكل القانونية المتعلقة بالمسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي، إذ تكشف عن مدى حجم المخاطر والأخطاء والتعقيدات التي تحيط بعمليات التلقيح الاصطناعي في ظل غياب مراكز طبية متخصصة. وقد وصلت الدراسة إلى أن عمليات التلقيح الاصطناعي يجب أن تحاط بالاهتمام المتزايد والعناية الفائقة لتفادي الأخطاء الطبية من ناحية، وحفظ النطف من التلاعب والإهمال ومن اختلاط الأنساب وما يلحق ذلك من آثار العدة من ناحية أخرى. كما أشارت الدراسة إلى ضرورة تشديد مسؤولية الطبيب أو المركز الطبي من حيث طبيعة الالتزام أو من حيث الإثبات أو غيره نظرا لطبيعة وحساسية مثل هذه العمليات. كما يجب أن تجرى هذه العمليات في مراكز طبية متخصصة معروفة ومرخص لها بذلك تحت إشراف ومراقبة وزارة الصحة.

Summary :

This research treated judicial problems about the medical responsibility concerning the effects of artificial fertilization. This research arrived at the fact that it must pay more attention to avoid medical errors, then, to protect the semen from negligence and the mixing of kinship. This research signals the importance of focusing on the responsibility of doctors and the medical centers according to the nature and the sensibility of these operations.

مقدمة:

مما لا شك فيه أن حاجة الإنسان جد ماسة إلى مقومات السعادة في هذه الحياة، وإن من متطلبات السعادة حصوله على ذرية من صلبه، إذ يعتبر الإنجاب مشروع يهدف إليه الزواج ويتطلع إليه الزوجان. غير أن هذه الرغبة في الإنجاب قد تعترضها بعض العقبات أو الموانع تحول دونها حيث يعتبر العقم بالنسبة لأحد الزوجين¹ مانعا من الإنجاب، سواء كان عقمًا أصليًا تامًا أو كان نتيجة لخلل بيولوجي من شأنه أن يتسبب في ضعف الخصوبة لدى أحدهما كقلة الحيوانات المنوية عند الرجل أو ضعفها. قال تعالى: " يهب لمن يشاء إناثًا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثًا ويجعل من يشاء عقيمًا إنه عليم قدير " ².

هذه الحالة الاستثنائية (العقم) جعلت من الطب يسارع للاكتشافات والقيام بالتجارب العلمية واستحداث الأساليب العلاجية، حتى وصل الأمر إلى اكتشاف ما يعرف بالتلقيح أو الإخصاب أو الإنجاب الاصطناعي (L'insémination Artificielle)، وصولاً إلى ما يعرف ببنوك النطف أو المني، والأم البديلة أو استئجار الأرحام.

وفي ظل هذا التطور العلمي فيما يتعلق بوسائل القضاء على العقم ومكافحة ضعف الخصوبة، برزت عدة إشكاليات قانونية شرعية (فقهية) وواقعية وتطبيقية هي الدافع لنا للبحث في هذا الموضوع بشكل مختصر. إذ يثور التساؤل حول: ما مفهوم التلقيح الاصطناعي وطرقه؟ وما مدى مشروعيته من الناحية الشرعية والقانونية؟ كما أننا نتساءل عن أهم آثاره على الروابط الأسرية؟

¹ كان سائداً أن العقم مرتبط بالزوجة فقط دون الزوج، ولكن الطب الحديث كشف أن الزوج يشترك في هذه الحالة. حيث تتراوح نسبة العقم لدى الرجال ما بين 40% و 45% والباقي خاص بالنساء.

Mme Mulders -Klein (M.T) : Le corps humain - responsabilité juridique et famille en droit belge, Rapport présente aux travaux Henri Capitan sur le corps humain et le droit, tome xxvi, Dalloz, 1975, p 44, 45.

² الأيتين 49 ، 50 من سورة الشورى.

وقد رأيت أن أتناول الموضوع في قسمين: خصصت الأول لأحكام التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما الثاني فأفردته لبيان آثار التلقيح الاصطناعي على الرابطة الأسرية.

المبحث الأول: أحكام التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ليست عملية التلقيح الاصطناعي بصفة عامة وليدة هذا العصر فقط، بل عرفه الإنسان منذ القدم فيما يتعلق بالنبات والحيوان، وذلك من أجل تحسين السلالة الحيوانية أو النباتية. قال تعالى: " وأرسلنا الرياح لواقح فأنزلنا من السماء ماء فأسقيناكموه وما أنتم له بخازنين "¹.

¹ الآية 22 من سورة الحجرات.

حيث كان أول تلقيح اصطناعي أجري على الحيوان سنة 1780 على يد الكاهن الإيطالي (لازار دسبالانزاني) الأخصائي بعلم الغرائز (الفزيولوجيا)، فقام بتجربته على أنثى الكلب¹. واستفاد الطب الحديث لاحقا من هذه التجربة، حيث أجريت سنة 1781 أول عملية ناجحة على بني الإنسان وهي امرأة. على أن جانبا كبيرا من الفقهاء والأطباء يرون أن أول تلقيح اصطناعي كان سنة 1799 قام به الجراح جون هانتر بشأن زوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وتمت العملية بمنى هذا الأخير، في حين أن أول تلقيح اصطناعي بواسطة الغير كان سنة 1884.²

ونشير في هذا المجال إلى أنه بالنسبة للتلقيح الواقع على الحيوان أو النبات هو بقصد تحسين النسل الحيواني أو النباتي ، بينما استعماله لدى الإنسان فهو لغرض تحقيق رغبة الحصول على أولاد. فما المقصود بالتلقيح الاصطناعي؟ وماهي أحكامه من حيث أساليبه وشروط وضوابط وإجراءات القيام به؟ هذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب الموالي.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي: طريقه وشروطه

إن التلقيح (الإنجاب) الاصطناعي³ من حيث أنه يخالف عملية التلقيح الطبيعي، فهو يقوم على استبعاد الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة. إذ يؤخذ السائل المنوي فوراً أي حاراً غير بارد بعد وضعه في إناء أو أنبوب نظيف معقم غير مبلل بالماء، ويسحب بمحقن خاص ليزرق في فوهة عنق الرحم ليدخل إلى الرحم رأساً، ثم تترك السيدة بعدها ممدودة على ظهرها مدة ساعة تقريبا لتساعد النطف على الوصول إلى الجهاز التناسلي أين تنتظرها البويضة في البوق.

¹ د. عبد الملك عبد الرحمان السعدي: العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1985، دار البيان العربي، جدة، ص 99.

² د. تشوار الجيلالي: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 93.

³ الأولى أن يقال التلقيح أو الإخصاب الاصطناعي لأن التلقيح يسبق الإنجاب وقد ينتج عن التلقيح أطفالاً أو لا ينتج، بينما مصطلح الإنجاب الاصطناعي فيطلق على حالة الولادة التي تكون فعلاً عن طريق التلقيح الاصطناعي، بمعنى التلقيح أولاً ثم الإنجاب.

ولا تجرى هذه العملية إلا في اليوم المحدد للتبويض أي يوم خروج البويضة من المبيض، ويستطيع الطبيب تحديد هذا اليوم بمراقبة حرارة السيدة طيلة الشهر ومراقبة دورتها الشهرية (أيام حيضها) لأشهر ثلاثة سابقة أو بوضع الأوراق الملونة على عنق الرحم والتأكد من وجود السكر أي انطلاق البويضة.¹ أما من حيث التعريف الاصطلاحي القانوني، فيعرفه بعض رجال القانون بأنه: " عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي يتمثل في الإنجاب".²

الفرع الأول: كيفية وطرق إجراء التلقيح الاصطناعي

إن التلقيح الاصطناعي وفق ما سبق تعريفه وبيانه يتم بوسيلة واحدة تتمثل في التلقيح الاصطناعي الداخلي: ومعنى الداخلي أن يتم بين الزوجين وهذا يتم بإحدى الطريقتين:

- الطريقة الأولى:

وهي أن تؤخذ نطفة الزوج وتوضع أو تحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها مع تحقيق عملية التلقيح داخل الرحم، وتسمى هذه الطريقة التلقيح الاصطناعي الداخلي بنطفة الزوج (L'insémination Artificielle Conjugale).

وتستخدم هذه الطريقة عمليا في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته، بمعنى إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عند إيصال مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب في مهبل زوجته لحدوث الحمل الطبيعي. كما قد يكون ذلك لكونه عنيئا أو ليست لديه القدرة على إيصال سائله المنوي إلى أغوار المهبل لكونه سريع الإنزال مثلا أو كان السائل المنوي للزوج ليس بالكم أو النوعية الكافية لإتمام عملية الإخصاب.³ وبالتالي لا تكفي النسبة

¹ صبري القباني : أطفال تحت الطلب ومنع الحمل، الجزء الأول، الطبعة الرابعة والعشرون، 1980، دار العلم للملايين، بيروت، ص 274.

² أنظر : العربي شحط عبد القادر : الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، وهران، 2000، ص7.

³ عبد الرزاق سوكة: أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب والقانون، القاهرة، 1988، ص 32.

الضئيلة الباقية لتلقيح البويضة، وفي هذا الفرض يعمل الأطباء على جمع هذه الحيوانات المنوية الصالحة على فترات، ثم تجمد الأعداد الكافية منها للتلقيح، وحينئذ تحقن في مهبل الزوجة.¹

ففي هذه الحالة يصبح السائل المنوي صالح تماما لعملية الإخصاب، بمعنى أنه قادر على الإنجاب إذا ما تم التقائه ببويضة الزوجة، لكن المشكل أو استحالة الإنجاب تكمن في صعوبة التقاء النطفة بالبويضة. فإذا ما تم إدخال الحيوانات المنوية في الرحم بنجاح، فإن الأمور تسير بعد ذلك كما لو كان التلقيح طبيعياً، حيث تلتقي نطفة الزوج التي تم حقنها التقاء طبيعياً ببويضة الزوجة فيتم التلقيح بينهما.

- الطريقة الثانية:

وهي أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح بينهما في أنبوب اختبار طبي مع تحقيق عملية التلقيح داخل الأنبوب، ليتم بعد ذلك نقل البويضة الملقحة (المخصبة) إلى رحم الزوجة بعد فترة زمنية لتتمكن من النمو الطبيعي داخل الرحم. مع وجوب التأكد من أنه لم يقع اختلاط لهذه النطفة أو البويضة بأي نطفة أو بويضة أجنبية عن الزوج.

وهذه الطريقة يصطلح عليها بالتلقيح الاصطناعي الخارجي باعتبار أن عملية التلقيح تمت خارج موضع الرحم، وإلا فباعتبار طرفي التلقيح الاصطناعي اللذان هما الزوج والزوجة فلا يمكن اعتباره إلا تلقيحاً داخلياً.

من خلال ما تقدم من بيان مفهوم التلقيح الاصطناعي وطريقتيه الطبيعيين، فإنه يشترط لصحة وسلامة هذا الإخصاب بطريقتيه شروطاً أساسية، نتطرق إليها من خلال الفرع التالي.

الفرع الثاني: شروط إجراء التلقيح الاصطناعي

¹ مارك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 400.

يشترط للقيام بعمليات التلقيح الاصطناعي شروطا اشترطها الفقه الإسلامي - كما سنبينه لاحقا- وأقرها التشريع الجزائري من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، ونوجزها فيما يلي:

أولا: وجود الرابطة الزوجية بين الزوجين:

ذلك أن هذا بديهي وأصلي، حيث أن الرغبة في إنجاب الأولاد لا تكون إلا بناء على عقد زواج صحيح بين زوجين وفقا لأركان وشروط عقد الزواج المعروفة، باعتباره الوسيلة الوحيدة المشروعة الطبيعية التي يتحقق بها أهم أهداف الزواج وهو التناسل، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم " ¹.

ومن تم تكون العلاقات والروابط غير الشرعية خارجة عن إطار عقد الزواج. وبالتالي إذا ما تم التلقيح الاصطناعي بين غير الزوجين أو بين أحدهما والغير فإنه لا يعتبر صحيحا.

وتترتب على هذا الشرط عدة نتائج مهمة هي :

- أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الرابطة الزوجية؛ بمعنى أن الزواج لا يزال قائما صحيحا بين الزوج وزوجته، ففي هذه الحالة يصح التلقيح الاصطناعي على وفق ما بيناه سابقا. ومعلوم أن الرابطة الزوجية تنتهي بإحدى الأسباب التالية: وهي وفاة الزوجين أو أحدهما (م47ق.أ) أو الفرقة ² وهي بالطلاق (م47، 48 ق.أ) أو بالتطليق (م53 ق.أ) أو البطلان (م32، 33 ق.أ) أو الفسخ (م34 ق.أ) أو الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين (م55 ق.أ). وأخيرا بالخلع حيث تخالع الزوجة نفسها على مال تدفعه للزوج لقاء خسارته بالطلاق (م54 ق.أ) ³.

¹ رواه الإمام أحمد في مسنده.

² محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، 1977، دار النهضة العربية، بيروت، ص 463.

³ بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 207.

إلا أن ما يثير التساؤل في ظل هذا الشرط هو مدى صحة وجواز إجراء التلقيح الاصطناعي في ظل قيام الرابطة الزوجية، لكن مع غياب الزوج لمدة طويلة؛ كما لو حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة طويلة، أو كان خارج الوطن في ظل حروب طويلة الأمد أو عمل أو دراسة أو غيرها تجعله غير قادر على الرجوع إلى زوجته من ناحية، أو يتفق مع زوجته برضاها أن مدة غيابه ستطول. فهل يمكن لهما إجراء تلقيح اصطناعي؟

كما يثور التساؤل حول إجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج الذي تم أخذ حيواناته المنوية وحفظها أثناء حياته؟

أ- التلقيح الاصطناعي في حالة الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدة أو الغياب الاضطراري الطويل: هذه النقطة تثار بشأنها نقاش وخلاف حاد حول إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي في ظل هذه الأحوال، على أننا نختصر المسألة على القول الصحيح الراجح فيها:

أن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لا يصح إلا إذا تعذر الإنجاب عن طريق التلقيح الطبيعي كما سوف نراه لاحقا، هذا من ناحية. من ناحية أخرى أن الإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية وكرستها الدساتير والقوانين الحديثة، وعليه فلا يجوز حرمان المحكوم عليه من هذا الحق. ذلك أن العقوبة في الأصل لا يجب أن تمتد إلى الحقوق الأساسية الشخصية المتصلة بالفرد إلا في الأحوال والشروط والضوابط المنصوص عليها في القانون. زيادة على ذلك أن مدة العقوبة قد تطول مما يحتمل معه أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب مستقبلا لكبر في السن أو لإصابة بأمراض أو غير ذلك.¹

كما أنه في ظل التشريعات الحديثة التي تتماشى مع القيم الإنسانية والمبادئ الدينية والأخلاقية، فإنه يسمح للمحكوم عليه في فترات محددة ومنظمة

¹ إيهاب يسر أنور علي: المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1994، ص 279.

قانونا بالنسبة للمتزوجين من حقهم في الخلوة بزوجاتهم في غرف مخصصة تحت رقابة طبية، الأمر الذي يترتب عنه الإنجاب بطريقته الطبيعية. وعليه فإنه يقاس على ذلك التلقيح الاصطناعي إن توافرت كل شروطه وتم في إطار قانوني وتحت إشراف طبي دقيق، مع ضمانات لمنع اختلاط النطف أو البويضات أو اللقيحات.. فيكون ذلك أمراً مقبولاً.¹

ب- التلقيح الاصطناعي في حالة وفاة الزوج: وهو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج أثناء حياته وتحفظ فيما يعرف ببينوك النطف، وهي مخابر أو مراكز لحفظ الحيوانات المنوية. ثم ترغب زوجته (أرملته) في أن تقوم بتلقيح اصطناعي بمني زوجها سواء في رحمها مباشرة أو في أنبوب اختبار، حيث تبقى الحيوانات المنوية صالحة للإخصاب لفترة معينة قبل تحللها، وقد تم إجراء هذا النوع من الإخصاب في إنجلترا.

وبصورة مختصرة نقول أن هذه الحالة التي يقوم فيها التلقيح الاصطناعي غير صحيحة وغير مسموح بها من الناحية الشرعية والقانونية، وذلك لعدة أسباب منها:

- أن التلقيح الاصطناعي يجوز عند الحاجة الملحة - كما سوف نتناوله - ولا نرى حاجة هنا مادامت الزوجة المتوفى عنها زوجها التي تريد الإنجاب قادرة على الزواج بعد انقضاء عدتها، فتتجنب من زوجها الجديد.

- لأن الرابطة الزوجية قد انتهت بوفاة الزوج، وبالتالي ينتهي عقد الزواج. حيث قرر غير واحد من الفقهاء² أن الزوجية تنقضي بالوفاة، وعليه فإن المرأة بعد وفاة زوجها لا يجوز لها استعمال منيه المودع لأنها في هذه الحالة لا تعتبر زوجة له.

¹ مروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 404.

² أبو بكر بن سعود الكسائي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

أحمد بن يحيى المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1368هـ، ص 17.

وعليه يثور التساؤل فيما لو استعملت المرأة مني زوجها المتوفى وحملت من ذلك، فهل يعتبر هذا الحمل بمثابة حمل من رجل أجنبي عنها، بحيث لا يثبت له نسب من صاحب المنى، أم يختلف الأمر؟
ذهب بعض الفقهاء المعاصرين¹ إلى أن هذا إذا وقع فعلا وولد منه ولد، فالظاهر أن هذا الولد يكون بلا نسب أبوي، وعللوا ذلك بقولهم: أن مصدر النطفة لم يبق زوجا.

ورد على هذا القول² بأن: "تعلييل قطع النسب في هذه الصورة بين المولود وبين صاحب المنى، بأن مصدر النطفة لم يبق زوجا تعليل قاصر عن إثبات المدعى، وذلك لأن هذا يفهم منه أن الرجل لا يلحقه نسبه مطلقا إلا نسب مولود حملت به امرأته حال قيام الزوجية بينهما، وهذا لا أعلمه قولا لأحد من العلماء. فلو كانت القاعدة عند الفقهاء أن كل من لم يكن زوجا لا يلحق به نسب، إذن فبأي وجه شرعي ألحقوا ولد الموطوءة بشبهة بالواطئ؟".
وفي هذا قال الإمام أحمد في إحقاق النسب: "كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد"، وأيده في ذلك بعض الفقهاء.³

¹ مصطفى الزرقاء: التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الأول، 1987، ص 15.

مصطفى الزرقاء: الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب. www.sehha.com

² هاشم جميل عبد الله: نخبة زراعة الأجنة، مجلة الرسالة الإسلامية، العدد 232، السنة الثانية والعشرين، تشرين الأول 1989، العراق، ص 84.

أبي إسحاق إبراهيم علي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، بدون تاريخ، ص 343.

³ موفق الدين ابن قدامة: المغني، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ، ص 57.
عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص 119.

وعليه يتضح مما سبق أن كل وطء حلال أو فيه شبهة الحل يلحق به النسب، ومثل الوطء: استدخال المني، أو التلقيح به داخليا أو خارجيا. فما كان حلالا أو فيه شبهة الحل فإنه يلحق به النسب، ذلك أن الضابط واحد في الكل. وقد استندوا في ذلك إلى أن الشبهة موجودة هنا لثبوت النسب، لأن الموت وإن كان يحدث الفرقة بين الزوجين إلا أن أثر الزوجية مع ذلك لا يزال قائما ما لم تنكح المرأة زوجا غير زوجها المتوفى، ودليل ذلك إجماع الفقهاء¹ على جواز تغسيل المرأة لزوجها المتوفى، بل وقال بعضهم باستحبابه.

كما أن المالكية قالوا بوجوب حد الزنا على من وطأ امرأة متوفاة إلا إذا كانت الموطوءة زوجته، وهذا رأي للشافعية أيضا.²

إلا أن القياس على الوطء بشبهة في إثبات النسب لا يستقيم، ذلك أن الوطء بشبهة علته الجهالة، في حين أن الجهالة منتفية في هذه الحالة، وعليه يمكن أن يعلل ذلك بأن مني الرجل يفترض أنه قد أخذ قبل الوفاة. وفي ظل هذه الحالة الزواج مازال قائما بين الزوجين³. وعليه مادامت الزوجة على علم بمنى زوجها المتوفى فلا سبيل لإجراء التلقيح الاصطناعي في هذه الحالة.

ثانيا: ألا يتم التلقيح إلا إذا دعت إليه الحاجة أو المصلحة:

ومفاد هذا الشرط أنه إذا طالبت الرابطة الزوجية بين الزوجين، وبذلا الزوجين جهدهما في العلاج وغيره بغية الإنجاب ولكن دون نتيجة، واتضح بناء

¹ أبو الحسن علي بن محمد: شرح الرسالة، الجزء الأول، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 864.

محي الدين يحيى بن شرف النووي: المجموع شرح المذهب، الجزء الخامس، مطبعة الإمام، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 110، 115. الكمال بن الهمام: فتح القدير شرح البداية على البداية، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون تاريخ نشر، ص 453.

² أبو البركات أحمد بن محمد الدردير: فتح القدير في شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1952.

أبو البركات أحمد بن محمد الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل، مع حاشية النسوقي، الجزء الرابع، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 314.

محمد بن أحمد بن عرفة النسوقي: حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الرابع، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 314.

محي الدين يحيى بن شرف النووي: المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 114.

وأنظر: مفتاح محمد أفريط: الحماية القانونية للجنين وفقه الإسلام والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، 2004، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص 85.

³ مفتاح محمد أفريط: المرجع السابق، ص 85.

على تقرير طبي صادق من طرف أطباء مختصون انه لا سبيل للإنجاب إلا بالتلقيح الاصطناعي، وأنه لا يشكل عليهما أي ضرر أو مخاطر، جاز لهما اللجوء إليه بأصوله وقواعده وشروطه وطرقه المشروعة.

وعليه فإن هذا الشرط مرهون بالضرورة القصوى، كما لو استحال الإنجاب بكافة الطرق المشروعة غير التلقيح الاصطناعي، أو لم يكن للزوجين رغم مدة الزواج الطويلة أي أطفال بحيث حرّموا من نعمة الأولاد. ذلك أنه لو كان لهما طفل أو طفلين مثلاً ثم تعذر الإنجاب بعد ذلك لظروف إلا عن طريق الإخصاب الاصطناعي، فالحاجة لا تدعو لإجرائه في هذه الحالة.

ولاشك أن الضروريات هي المصالح التي تتضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمسة وهي الدين، النفس، العقل، المال والنسب، من حيث لا يستقيم العالم إلا بها، وضياعها مهلك له، وموقع له في الفساد والتهارج في الدنيا.¹ والضرورات كما يقول الفقهاء تقدر بقدرها، فهل من المعقول أو من الضرورة أن يقوم الطبيب المختص بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي على المرأة من غير حاجة، والله تعالى يقول: " قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم، إن الله خبير بما يصنعون، وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدین زینتهن إلا ما ظهر منها..."².

وخلاصة القول في هذه المسألة أن الفقه الإسلامي الذي هو ثاني مصدر للقانون الجزائري بعد التشريع، لم يفتح الباب على مصراعيه أمام إجراء التلقيح الاصطناعي كلما رغبت في ذلك الأنفس البشرية الضعيفة دون مراعاة للمصلحة والحاجة الضرورية.

ثالثاً: أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمنى زوجها: وهذا الشرط جد ضروري باعتباره من مقتضيات عقد الزواج من أجل إثبات النسب، سواء تم

¹ محمد سعد الیوبی: مقاصد الشریعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعیة، الطبعة الأولى، 1998، دار الهجرة، الرياض، ص 183.

أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار الفكر، القاهرة، ص 08.

² الأیّتين 30، 31 من سورة النور.

التلقيح الاصطناعي في رحم الزوجة أو في أنبوب اختبار. ذلك أن الزواج تترتب عنه نتائج وآثار أهمها النسب، وبالتالي إذا كان أحد الطرفين في علاقة التلقيح الاصطناعي غير الزوج أو الزوجة فكيف يمكن لنا إثبات نسب هذا الطفل؟ إذ من المعلوم أن إثبات النسب يخضع للقاعدة الفقهية المستمدة من الحديث الشريف الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش وللعاهر الحجر".¹

وسبب ثبوت النسب بالفراش هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين، الأمر الذي يجعل أي تلقيح اصطناعي يجمع بين الزوجين أو أحدهما والغير غير صحيح. ومن ثم فإن بقية طرق التلقيح الاصطناعي الأخرى غير صحيحة وغير مشروعة قانوناً وفقها وهي كالتالي:

- 1/ أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.
- 2/ أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.
- 3/ أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي (نطفة وبويضة) الزوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية متطوعة بحملها.
- 4/ أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي (نطفة وبويضة) رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية غير الزوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
- 5/ أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي (نطفة وبويضة) الزوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم لزوجرة أخرى.

وقد أفتى غير واحد من الفقهاء بعدم جواز هذه الطرق الخمسة، لانتفاء شرط أساسي في التلقيح الاصطناعي وهو أن يكون بين الزوجين لا غير.²

¹ رواه البخاري ومسلم.

² قرار رقم 16 (3/4) لمجمع الفقه الإسلامي، المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي، الدورة الثالثة المنعقدة في عمان عاصمة الأردن: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 1998، ص 34، 35.

رابعاً: يشترط ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي:

ذلك أن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يحظى بحماية شرعية وقانونية. ونظراً لأهميته فإنه يستلزم إفراغه في شكل معين لتتقطن الأطراف المعنية لخطورة هذه العملية والإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها.

وبالتالي يجب توافر رضا الزوجين وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري من حيث بلوغ سن أهلية الزواج، كما أنه لإجراء هذه العملية فإن الطبيب الجراح ملزم على الحصول على رضا كل من الزوجين. ذلك أن رضا الزوجين هو الذي يبيح له التدخل لإجراء التلقيح الاصطناعي وفقاً لما نصت عليه المادة 44 من المرسوم رقم 92-276.¹

فإذا ما أقدم الطبيب على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي دون رضا كل من الزوج والزوجة، هل يعتبر مرتكباً لجريمة هتك العرض؟

وانظر في هذا: فتاوى الشيخ شلتوت في كتابه الفتاوى ، الشيخ الفرضاوي في كتابه الحلال والحرام ، الشيخ جاد الحق علي جاد الحق في كتاب الفتاوى الإسلامية ، الشيخ عبد الله الجبرين في كتاب فتاوى إسلامية .

محمد مأمون: طفلة الأنابيب الشرعية، جريدة جمهورية مصر، ليوم 1978/08/03 . أنظر: دبلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 1993، volume xxxi ، الجزائر، ص 598.

¹ تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق 06 يوليو 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب على: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومنتصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون " .

إن النظرة الأولية تفيد أن الأمر لا يعدو هتكا للعرض، ذلك أنه يتطلب اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضاء صحيح منها (م 1/336 ق.ع) وهو ما لم يتحقق في هذه الحالة. إلا أنه يمكن تكييفه بأنه فعل مخل بالحياء (م 334، 335 ق.ع) لأنه إجراء أخل إخلالا جسيما بحياء المرأة، ذلك أن الفعل المخل بالحياء لا يشترط توافر الاتصال الجنسي بين الطبيب والمرأة في هذه الحالة، إلا أنه يفترض فعلا جنسيا وهو المتمثل في التلقيح الاصطناعي الذي قام بإجرائه على عورة المرأة ، فأدى ذلك إلى المساس بشرفها وحصانة جسمها وخدش حياتها وحرمتها.

بل ويسأل عن جريمة فعل فاضح علني إذا ما أجرى العملية ولو برضاء المرأة في ظل حضور الغير مثلا.¹

هذه بصفة عامة ومختصرة شروط إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي المشروعة فقها وقانونا كما سنبينه في المطلب الثاني.

على أن طريقة التلقيح الاصطناعي الداخلي (بين الزوجين) سواء تمت بأنبوب الاختبار أو بدونه، لا تخلو هي الأخرى من إشكالات قانونية منها:

- **الإشكال الأول:** يتمثل في حالة وجود فائض من البويضات الملقحة

الزائدة عن الحاجة، ما الواجب تجاهها؟ هل لابد من استغلالها أم إتلافها؟

أجاب عن هذا التساؤل قرار لمجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة بجدة سنة 1990 بما يلي:

أولا: في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصاد على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة.

ثانيا: إذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

¹ مارك نصر الدين: المرجع السابق، ص 401.

ثالثاً: يحرم استخدام البويضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البويضة الملقحة في حمل غير مشروع.¹

- الإشكال الثاني: يتمثل في حالة وجود تلقيح داخل أنبوب الاختبار، وبعد التحاليل الطبية ثبت أنها مصابة بأمراض وراثية مثلاً، فما الواجب تجاه هذه اللقيحات؟ هل يمكن إتلافها؟

¹ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 117، 118.

وقد أفتى في هذه المسألة سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله المفتي العام للمملكة العربية السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء بأنه: " لا شيء عليه ولا بأس بذلك ما لم يترتب عليه خلوة بأجنبي".¹

وهذه الفتوى تعتبر قياساً على مسألة إسقاط الجنين فيما دون 120 يوماً، حيث أن هذه اللقيحة لازالت في طور نموها الأول، ولم تصل بعد إلى درجة حتى علقه، وبالتالي إذا دعت الضرورة لإتلافها كمرض أو غيره جاز ذلك. **المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من التلقيح الاصطناعي**

من خلال ما سبق الإشارة إليه حول مفهوم التلقيح الاصطناعي وطرقه وشروطه وضوابطه، تم استقراء بعض الآراء الفقهية والقانونية في هذا الشأن، إلا أن هذا لا يمنع من تفصيل الرؤية الشرعية ثم القانونية للمسألة.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية أتت للحفاظ على مصالح الناس ورعايتها في دنياهم وآخرتهم، وهذا ما عبر عنه الفقهاء بمقاصد الشريعة الخمسة السالف ذكرها. وما كانت الشريعة الإسلامية لتقف يوماً في وجه العلم والعلماء، ولا لتحد من عزيمتهم فيما يحقق كل نفع ومصلحة مشروعة للبشرية. ذلك أن أهم خاصية تتميز بها هذه الشريعة الغراء عن كافة الشرائع والديانات والقوانين والتشريعات؛ أنها تهدف للحفاظ على مصالح العباد وتحقيق اليسر ورفع الحرج والمشقة، كما أنها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.²

وعليه فإن القول الأصح والمختصر في المسألة هو جواز ومشروعية التلقيح الاصطناعي بوسائله المشروعة متى كان في إطار الضوابط الشرعية. ومنه أن تتم هذه العملية في ظل قيام علاقة زوجية صحيحة، وفي ظل حياة كل من الزوجين، وأن تكون الحاجة ملحة لإجرائها لضرورة شرعية، وأن تتم بين

¹ الشيخ عبد العزيز بن باز: الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير، الرياض، 2005، ص 45.

² عمر سليمان الأشقر: خصائص الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، بدون تاريخ، ص 63 وما بعدها.

الزوجين وبرزاهما. ذلك أن إدخال شخص غير الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي كأن يتبرع رجل بمنيه أو امرأة ببويضتها أو تتبرع برحمها لحمل اللقيحة (تأجير الرحم) أو غير ذلك يعتبر ماسا بمسألة مهمة من آثار الزواج وهي النسب.

إن الفقه الإسلامي قد وضع أحكاماً واضحة بالنسبة للنسب، فأقر مبدأً أساسياً وهو "الولد للفراش"¹، والمراد بالفراش الزوجية القائمة². حيث أن الولد ينسب لأمه بالولادة منها، ولأبيه بالزوجية. والعلة في ثبوت النسب بالفراش واضحة، ذلك أن الزوجة محصورة على زوجها. لذلك حكم النبي صلى الله عليه وسلم وأفتى بالولد لصاحب الفراش عملاً بموجب الفراش.³

وعلى كل حال فأقوال وفتاوى الفقهاء في شأن التلقيح الاصطناعي لا تختلف سواء تلك التي صدرت عن علماء معروفين أمثال: الشيخ شلتوت، يوسف القرضاوي، جاد الحق علي جاد الحق، محمد الشعراوي، عبد العزيز بن باز، محمد العثيمين. أو التي صدرت عن مؤسسات وهيئات شرعية كمجمع الفقه الإسلامي، هيئة كبار العلماء بالسعودية، دار الإفتاء المصرية، جامع الأزهر، المجلس الإسلامي الأعلى؛ تبين جواز إجراء التلقيح الاصطناعي إذا دعت إليه الحاجة الملحة وتم بين الزوجين وأثناء حياتهما الزوجية سواء تم التلقيح في رحم الزوجة أو في أنبوب الاختبار، مع اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة من عدم اختلاط النطف أو البويضات أو اللقيحات وعدم التلاعب بها، مع التأكيد على الحرص الشديد لضمان سلامتها من أي اختلاط أو إهمال، وضرورة مراعاة الآداب الإسلامية والضوابط الشرعية في إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي.

¹ حديث شريف سبق تخرجه.

² العربي شحط عبد القادر: نظام الإنجاب الاصطناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة موسوعة الفكر القانوني، العدد الرابع، وهران، ص 07.

³ ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، المجلد الثاني، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 599.

الفرع الثاني: موقف التشريع الجزائري

من الأمور الإيجابية التي تسجل لصالح المشرع الجزائري، أنه نص في تعديله لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 على أحكام التلقيح الاصطناعي بموجب المادة 11 منه.

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء منسجما مع موقف الفقه الإسلامي إلا ما يتعلق بشرط: الحاجة لإجراء التلقيح الاصطناعي، فإنه لم ينص عليه كأحد الشروط. في حين رأينا أن الفقه الإسلامي جعل الضرورة والمصلحة لإجراء التلقيح الاصطناعي شرطا ضروريا. وذلك حتى يقطع الطريق أمام أي تلاعب بالفروج أو إهمال أو تسبب في إجراء التلقيح الاصطناعي.

ف نجد أن المشرع الجزائري قد اعترف بالتلقيح الاصطناعي كسبيل للزوجين لأجل الإنجاب بموجب المادة 11 من الأمر رقم 05-02¹ وفقا للشروط التالية:

أولاً: أن يكون الزواج شرعياً:

ومعنى هذا الشرط أن يكون شرعياً، هذا اللفظ أتى به المشرع الجزائري من أحكام الفقه الإسلامي، ويكون العقد شرعياً متى كان العقد صحيحاً أو كان فاسداً أو كان دخولاً بشبهة² يستخلص هذا من نص (م40 ق أ) المعدل والمتمم والتي تنص على طرق إثبات النسب. فذكرت عقد الزواج الصحيح، الزواج الفاسد، النكاح بشبهة، إضافة إلى الإقرار والبينة.

وبما أن مسألة التلقيح الاصطناعي أكثر ما تتعلق جوانبها بمسألة إثبات النسب، كما أن نص (م41 ق أ) تنص على أن: "الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". وكأن المشرع أراد أن

¹ تنص المادة 11 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة على ما يلي: " يتم القانون ... بالمادة 45 مكرر وتحذر كما يأتي: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية: أن يكون الزواج شرعياً، أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، أن يتم بمنى الزوج وبوحيضة رحم الزوجة دون غيرها، لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".
² بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 190.

يتم نص هذه المادة بوسيلة أخرى لإثبات النسب ضمن عقد الزواج الشرعي بموجب المادة 45 مكرر التي تنص على التلقيح الاصطناعي.

ثانياً: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما: برضا الزوجين تماشياً مع مقتضيات عقد الزواج، الذي هو الأصل قد تم برضا الطرفين كما نصت عليه (م 09 ق أ) المعدل والمتمم: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". فمادام الأصل الذي هو عقد الزواج قد تم برضا الطرفين فمن باب أولى أن يتم ما هو متفرع عن الأصل كالتلقيح الاصطناعي برضا الزوجين.

أما في حالة رفض أحدهما وإصراره على ذلك، فإنه لا ينبغي إجراء التلقيح الاصطناعي لا من الناحية القانونية لأن نص المادة 45 مكرر تشترط صراحة رضا الطرفين، ولا من الناحية الشرعية لأن القاعدة الفقهية تقول أن: "الشخص حر في ماله وبدنه في إطار ضوابط الشريعة". خاصة وأن رفض التلقيح الاصطناعي في هذه الحالة يمس الأسرة التي بنيت بموجب عقد زواج، وعليه لا يمكن إجبار الزوج أو الزوجة على أمر متفرع مادام الإجماع على الأصل ليس له وجه.

كما تشترط المادة أن يتم التلقيح أثناء الحياة الزوجية، ما دام مرتبطين بعقد زواج شرعي، أما إذا انحلت الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ فلم يعد الزوج زوجاً لزوجته، ولا هي زوجة له. وبالتالي فإن معالم الرابطة الزوجية قد اضمحلت، ولم يعد هناك زواج حتى وإن ظل الزوجين المفترقين على قيد الحياة. ومن باب أولى فإن المادة أغلقت الباب في وجه أي محاولة لإجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة أحد الزوجين.

ثالثاً: أن يتم التلقيح الاصطناعي بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: وفي هذا إخراج لكافة الطرق التي يتم فيها التلقيح الاصطناعي بوجود طرف أجنبي عن الزوجين، سواء كان رجلاً يتبرع بنطفه أو كانت امرأة تتبرع ببويضاتها أو برحمها لحمل اللقيحة. وعليه إذا كان التلقيح بدون نطفة الزوج أو بدون بويضة الزوجة ورحمها، كانت العملية غير مشروعة قانوناً. وإن رفض اللجوء إليه لا يرتب على الرفض أية مسؤولية، ولا يمكنه أن يتخذ سبباً لطلب فك الرابطة الزوجية.¹

ويرتبط بهذا الشرط ما أضافه المشرع في الفقرة الأخيرة من (م45 مكرر) من حيث عدم جواز اللجوء إلى الأم البديلة بأي حال من الأحوال، وهي المرأة الأجنبية غير الزوجة التي قد تتبرع ببويضاتها أو برحمها لحمل اللقيحات أو ببويضاتها ورحمها معاً. وهذا مما يؤكد الشرط السابق من كون عملية التلقيح الاصطناعي يجب أن تقتصر على الزوجين فقط.

المبحث الثاني: مسؤولية الطبيب المدنية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية:

وسنتطرق في هذا المبحث لبيان أحكام المسؤولية المدنية لطبيب التلقيح الاصطناعي، ثم نتطرق لأثر مثل هذه العمليات على العلاقة الزوجية.

المطلب الأول: مسؤولية الطبيب المدنية عن عمليات التلقيح الاصطناعي:

المسؤولية هي حالة مؤاخذة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة بأن كان مخالفاً لقواعد القانون، ولاشك أم المسؤولية الطبية هي صورة أو تطبيق لها. وهي تقوم على كل حال متى أخل الطبيب بالتزاماته القانونية والمهنية. وفي مجال التلقيح الاصطناعي متى ارتكب فعلاً يخالف قواعد وأصول هذه العملية أو خطأ أثناء مباشرتها، الأمر الذي يتطلب تحديد مفهوم الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي ثم بيان أهم تطبيقاته وصوره.

¹ العربي شحط عبد القادر: المرجع السابق، ص 20، الهامش رقم 21.

الفرع الأول: تحديد مفهوم الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي:

لم يورد المشرع الجزائري سواء في القانون المدني أو الجنائي تعريفا للخطأ، على أساس أن تحديد التعريفات هو من اختصاص الفقه. كما أن النصوص الخاصة ولاسيما القانون رقم 85-05 المعدل والمتمم والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، ولا حتى القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، لم تعطي لنا تحديدا لطبيعة الخطأ في مجال التلقيح الاصطناعي الموجب لمسؤولية الطبيب.

إلا أنه من خلال التعريفات الكثيرة للخطأ بصفة عامة¹ والتعريفات التي أعطيت للخطأ الطبي بصفة خاصة²، فإنه يمكننا تحديد مفهوم الخطأ الطبي في إطار التلقيح الاصطناعي. إذ يتمثل في خروج الطبيب المختص بإجراء التلقيح الاصطناعي في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية التي تفرضها طبيعة مهنته.³

أو هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالا بالتزام بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه وحذر، ولا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائما والتي قد تقترن أحيانا بالفشل نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذ كان السبب في الإضرار بمريضه.⁴

نستنتج من خلال تعريف الخطأ الطبي أنه يقوم على عنصران هما:

- خروج الطبيب القائم بالتلقيح الاصطناعي عن القواعد والأصول الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقت تنفيذ العمل الطبي.
- إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة المطلوبة منه.

¹ انظر المصادر التالية: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج1، دار التراث العربي، القاهرة، 1952، ص 777 وما بعدها. وحسين عامر: المسؤولية المدنية، ط الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص 168-176. وسليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1981، ص 182 وما بعدها. وعاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، بيروت، 1983، ص 20.

² عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 73. ومحمد بشير شريم: الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع، عمان، 2000، ص 159-161. وفاء حلمي أبو جميل: الخطأ الطبي (دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م، ص 41. ومحمود محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة 18، القاهرة، ص 300.

³ عامر أحمد القيسي: مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، دار الثقافة، الأردن، 2001، ص 72.

⁴ عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص 119.

طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 186.

لاشك أن المقصود بالأصول الطبية في مجال الطب هي تلك الأصول العلمية الثابتة والقواعد المستقرة المتعارف عليها بين الأطباء نظريا وعلميا والتي يجب أن يلم بها الطبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي.¹

أما ما يتعلق بمعنى واجبات الحيطة والحذر واليقظة، فإن المتفق عليه بين الفقهاء أن التشريع أو العرف أو الخبرة الإنسانية تكون مصدرا لواجبات الحيطة واليقظة²، ولاشك أن الواجب القانوني يشمل كل ما يقرره القانون بمختلف فروع مدنيا أم جنائيا أم إداريا أم طبيا، وكذلك ما تفرضه الأنظمة والتعليمات المنظمة للعمل الطبي من واجبات.

ولئن كان القانون مصدر هذه الواجبات إلا أن مصدرها العام هو الخبرة الإنسانية، أي ما درج عليه الكافة أو أهل الخبرة الخاصة بمعنى ما درجت عليه مجموعة من أهل الخبرة أو المهنة كأعضاء الأسرة الطبية³.

ويقصد بالإخلال بواجبات الحيطة والحذر في المجال الطبي عموما وفي التلقيح الاصطناعي خصوصا خروج الطبيب كلية عما هو مفروض عليه من واجبات الاحترار والحيطة في قيامه بعمليات التلقيح الاصطناعي. لاسيما بلادنا العربية والإسلامية المهتمة بالأنساب من خلال تعاليم الشريعة الإسلامية.

وتطبيقا لهذا المفهوم فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير بتاريخ 1936/05/20، وقبله محكمة السين الفرنسية في 1907/07/20 بأن: "مسؤولية الطبيب لا تتعقد إلا إذا ثبت أنه خرج عن القواعد العامة للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل ذي مهنة أيا كانت أو إذا ثبت إهماله وعدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تتطلبه مصلحة الناس".⁴

¹ أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة - ، ط. الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 256.

² محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 667.

³ أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص 228.

⁴ Cass.civ : 20/05/1936, responsabilité civile et assurances, édition du juris -classeur-, hors- série, juillet-août 1999, paris, p 07..

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن " كل إهمال أو عدم انتباه أو عدم مراعاة للأنظمة يفضي إلى الفشل يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية. ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية، وتوفرت العلاقة السببية بينهما استنادا لتقرير الخبرة، حيث أمر الطبيب بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض دون انتباه أو احتراز، أدى ذلك إلى ثبوت مسؤوليته.¹

إن تحديدنا الساق لمفهوم الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي وبيان مضمونه من خلال الخروج عن القواعد العلمية والأصول الطبية من ناحية، والإخلال بواجبات الحيلة والحذر من جهة أخرى، يجل مفهوم وصور الخطأ الطبي وكيفية حدوثه في مجال التلقيح الاصطناعي غير واضحة، الأمر الذي يدفعنا لبيان بعض صور الخطأ الطبي في هذا المجال من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: صور الخطأ الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي:

لاشك أن التلقيح الاصطناعي عملية دقيقة تتطوي على كثير من المخاطر، تستوجب تدخلا طبيا حذرا وملائما، الأمر الذي لا يتيح للطبيب المعالج أي مجال للإهمال أو عدم الانتباه فضلا عن الخطأ الواضح البين. وتتعدد صور الخطأ الطبي في هذا الخصوص على نحوين: قبل إجراء التلقيح الاصطناعي من جهة، وأثناء وبعد التلقيح من جهة أخرى.

¹ قرار رقم 118720 المؤرخ في 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1996، ص 179.

البند الأول: الخطأ الطبي قبل إجراء التلقيح الاصطناعي: قد يقع الطبيب المعالج في هذه الأخطاء ولاسيما منها:
أولاً: الخطأ في التشخيص:

تزداد أهمية التشخيص ودوره في الكشف عن العلاج أو العمل الجراحي الملائم، ذلك أن الطبيب الذي تعرض عليه حالة العقم يلزمه القيام بتشخيص الأسباب التي أدت إلى العقم ومن ثم تحديد طبيعة العلاج الملائم وطريقته.

وما من شك أن الوصول إلى تشخيص سليم يكون أقرب إلى الحقيقة يتوقف على عدة عوامل أهمها استخدام الوسائل العلمية الحديثة كالتحاليل والتصوير بالأشعة وغيرها. فإن أغفل الطبيب أو قصر في الاستعانة بهذه الوسائل اعتبر ذلك إهمال منه، يوجب مسؤوليته إذا كان التشخيص الذي وصل إليه بعيداً أو مخالفاً للحقيقة.

وقد قضت في هذا الشأن إحدى المحاكم الفرنسية أنه في حالة الشك في التشخيص يجب اللجوء إلى الطرق العلمية للتحقق من الحالة المرضية وإلا كان الطبيب مهملًا إهمالاً يحاسب عليه.¹

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الطبيب الذي يخطئ في التشخيص يقترب خطأ طبيًا من شأنه أن يرتب مسؤولية إدارة المستشفى.²
وخلاصة القول أن صور الخطأ في التشخيص بالنسبة لعمليات التلقيح الاصطناعي قد تتعدد وتتنوع من خطأ في تحديد موطن المرض أو الخل، إلى خطأ في وصف طبيعة المرض إلى خطأ في تشخيص حدة المرض ومدى تقدمه وانتشاره ... إلى غير ذلك من الأخطاء التي توجب مسؤولية الطبيب المعالج.

¹ أشار إليه: سمير أور فلي: مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المحامون، العدد 07 (تموز 1985)، سوريا، ص 911.

² C.E: 17/02/1988. Arrêt N° 71974 – idem, p 62.

ثانيا: عدم حصول الطبيب على رضا الزوجين:

يعتبر موضوع الحصول على رضا المريض وموافقته من المواضيع الحساسة والمهمة في مجال المسؤولية الطبية. ذلك أن التصرفات القانونية لا يعتد بها إلا إذا كانت صادرة عن ذي أهلية متبصر بما يقبل عليه. فكيف ونحن في حالة المرض التي يعاني منها المريض بالدرجة الأولى؟

استقر الرأي فقها وقضاء على ضرورة رضا المريض الحر أثناء العلاج في غير حالة الضرورة العاجلة في كل عمل طبي أو جراحي على درجة معينة من الخطورة، تترتب عنه المسؤولية لمجرد القيام بالعمل الطبي دون الحصول على الرضا اللازم¹. إذ عدم استحصال هذا الرضا يشكل خطأ طبيا مهنيا منذ البداية بغض النظر عن النتائج المترتبة على ذلك.

فالرضا إذن بمفهومه هذا أمر بديهي يشترط توافره كي يسبغ على النشاط الطبي مشروعيته، إذ أن كل عمل طبي يجري على مريض معين لابد من حصول رضاه في غير حالات الضرورة العاجلة، وذلك قبل البدء بهذا العمل الطبي. وقد أكد المشرع هذا المعنى في نص المادتين 42 و44 من مدونة أخلاقيات الطب.²

وجدير بالذكر أن الرضا المطلوب في عمليات التلقيح الاصطناعي هو رضا خاص ومتميز إذ أن المقصود به هو موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي وفق الصيغة القانونية التي تعتمدها المراكز المعنية بزرع الأجنة. ومن هنا يتميز هذا الرضا الخاص عن الرضا بالمفهوم العام الذي قدمناه سابقا، حيث ينحصر دور الرضا العام في موافقة الزوجين أو أحدهما

¹ منصور مصطفى منصور: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، السنة الخامسة (يونيو 1981)، الكويت، ص 18-20.

² تنص المادة 42 على: "للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا وأن يفرض احترامه. وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض".

تنص المادة 44 على: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون".

على مباشرة الطبيب لعمله الجراحي في الكشف عن حالة العقم وأسبابها. ولكن هذا التدخل قد لا يسفر عن إجراء عملية تلقيح صناعي للزوجين، إذ يقتصر الأمر على بعض المستحضرات الطبية أو تقديم النصح حول طرق الجماع الجنسي بين الزوجين، وينتهي الأمر عند هذا الحد. أما إذا اقتضى الأمر تلقيحا اصطناعيا فإنه يستوجب رضا خاصا به من قبل كلا الزوجين، وهذا ما أكدته المشرع في تعديله الأخير لقانون الأسرة.¹

وصفوة القول أن الحصول على رضا الزوجين أمر مطلوب ومشروع للقيام بأي إجراء في عمليات التلقيح الاصطناعي، وأن إغفاله من قبل الطبيب المعالج أو عدم مراعاة موافقة ورضا أحد الزوجين يعتبر خطأ طبيا ثابتا في حقه موجبا لمسؤوليته المدنية. ذلك أن حرية المريض واحترام إرادته تعتبر مبدأ أساسيا في علاقة الطبيب بالمريض لا يمكن تجاهلها إلا في حالات استثنائية محصورة. **البند الثاني: الخطأ الطبي أثناء إجراء التلقيح الاصطناعي وبعده:**

لاشك أن المرحلة التي تعاصر وتتبع إجراء التلقيح الاصطناعي مرحلة معقدة ومتداخلة، لا يمكن تناولها بالبحث كلها. لذلك سنقتصر على بحث نوعين من الخطأ نرى أنهما الأكثر صلة والأعمق أهمية في هذه المرحلة. **أولا: خلط الأنابيب بعضها ببعض:**

قد يصدر من الطبيب المشرف على عملية التلقيح الاصطناعي أو مساعديه خطأ طبيا بليغا كأن يخلط الأنابيب بعضها ببعض. ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بخلط أنبوب يحتوي على حيوانات منوية لرجل ما مع أنبوب آخر يحتوي على بويضات أنثوية تعود لامرأة أخرى ليست زوجة له أو بالعكس من ذلك، وهذا عند مباشرته إجراء مثل هذه العمليات.

¹ تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: - أن يكون الزواج شرعيا. - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما. - أن يتم بمشيئة الزوج وبوحيضة رحم الزوجة دون غيرها. ولا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

إن هذه المسألة المعقدة تثير إشكالا واضحا، ولاشك في أن أي خطأ من الطبيب مهما كان يسيرا وتافها إلا أنه يوجب مسؤوليته المدنية كاملة متى كان ثابتا وواضحا. وهذا نظرا لطبيعة تعامله في مثل هذه العمليات المتعلقة بالأنساب.

ويزداد الموضوع إثارة وتعقيدا وطرحا للإشكاليات لو أن أحد الزوجين سواء الزوج أو الزوجة طلبت من الطبيب برضاها أن يخلط بويضاتها مع حيوانات منوية لرجل آخر غير زوجها أو العكس. فما مدى مشروعية هذا التصرف ؟ وما مدى مشروعية الطفل الذي سيولد ؟ وهل يعتبر هذا الخلط في هذه الحالة بمثابة جريمة زنا ؟

إن ما يهمنا والحالة هذه أن نبين أنه من الأخطاء الطبية التي تقع في مثل هذه العمليات ما يتعلق بخلط الأنابيب، الأمر الذي يؤدي إلى الخلط بين الأنساب. كما أنه يثير إشكالا آخر في غاية الأهمية يتمثل في ولادة الأطفال المشوهين. فما مدى مسؤولية الطبيب عن هذه التشوهات الحاصلة للطفل حديث العهد بالولادة ؟

لاشك أن أي تهاون أو تساهل يؤدي إلى خلط الأنابيب يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته متى ترتب عنه ولادة طفل، كونه يتصل اتصالا وثيقا بالأنساب ويكون ضرره مؤكد أكثر من نفعه وفائدته.

ثانيا: الخطأ في الرقابة:

يلتزم الطبيب المختص الذي أجرى تلقيحا اصطناعيا للزوجة بمتابعة حالتها من أجل التأكد من سلامتها ومدى نجاح ما قام به، واتخاذ ما يراه مناسبا لمواجهة ما يستجد في حالة المرأة الصحية. ولا يقتصر جهد الطبيب عند هذا الحد بل عليه المتابعة ووصف الدواء والنصائح والتعليمات المفيدة والمناسبة للمريض لتفادي النتائج السيئة المتمثلة في حصول تشوهات جنسية للجنين، أو حدوث إجهاض للزوجة أو غير ذلك.

ذلك أن الطبيب ونظرا لدقة العملية وتعقيدها ملزم بوصف الدواء المناسب في الوقت المناسب وبالمقدار المناسب، وأن أي خطأ تجاوز لذلك قد يعرض حياة الجنين للهلاك عن طريق الإجهاض، أو تشوه يلازمه إن ولد حيا إلى غاية وفاته.

ولاشك أن أي تقصير من الطبيب المعالج في بذل النصائح والتعليمات المناسبة للزوجة، وأن أي إهمال منه في متابعة حالة المريض ووصف الأدوية المناسبة يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته.

لذلك كان موضوع المسؤولية الطبية من خلال عمليات التلقيح الاصطناعي في غاية الأهمية ومنتهى الخطورة، نظرا لطبيعته المعقدة والمتداخلة. ذلك أن حساسية ودقة وتداخل عمليات التلقيح الاصطناعي تفرض على الطبيب المعالج بذل مزيد من اليقظة والتبصر، وللاطلاع الواسع على ما استجد من علم في مثل هذه العمليات ومتابعة الأصول الطبية العلمية المستقرة. وأن أي إغفال أو إهمال منه لذلك يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته المدنية متى كان ثابتا وواضحا وقطعيا.

المطلب الثاني: أثر التلقيح الاصطناعي على الرابطة الأسرية

إن التلقيح الاصطناعي على وفق ما رأيناه ما دام بماء الرجل وبويضة الزوجة ورحمها تصرفا جائزا شرعا وقانونا، فإنه حتما ستتربط عدة آثار تتعلق بحياة الأسر تنتج عن هذا التلقيح الاصطناعي؛ كثبوت النسب، ووجوب نفقة الولد المولود منه على نفقة والده صاحب النطفة، وحصول التوارث بينه وبين أبويه، ووجوب العدة على الزوجة الملقحة، وحرمتها على ابنها وعلى ابن زوجها من غيرها باعتبارها زوجة أبيه... وما إلى ذلك من الآثار. إلا أننا سنقتصر في هذا المبحث على بيان الآثار المتعلقة بثبوت النسب ووجوب العدة.

الفرع الأول: أثر التلقيح الاصطناعي على النسب

يعتبر اهتمام الشريعة والمشرع الجزائري بأمر النسب في غاية الجدية، باعتبار أن النسب أبرز الآثار التي تترتب عن الزواج الصحيح، وهذا طبعا لمنع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد والتلاعب، وبالتالي إرساء قواعد البنوة على أساس سليم. قال تعالى: " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ريك قديرا " ¹.

فالنسب الشرعي la filiation légitime هو الذي يتبع فيه الولد أباه في قانونا وشرعا، ويترتب عليه ميراث، وموانع زواج وحقوق وواجبات أبوية وبنوية. في حين أن النسب غير الشرعي لا يترتب عليه شيء.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام النسب من خلال المواد 40 إلى 46 ق أ المعدل والمتمم، ونص على طرق ثبوته من خلال المادة 40 بالزواج الصحيح الذي يعتبر سببا شرعيا لثبوت النسب أثناء قيام الرابطة الزوجية. حيث أنه لو ثبت أنه غير ممكن أو أن الزوجين لم يلتقيا قط، ولم يكن في الإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت. ²

وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش" ³. ومن هنا اتفق الفقهاء بأن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أم غير شرعية.

والأم في هذه الحالة هي صاحبة البويضة وصاحبة الرحم التي حملت اللقيحة وهي طبعا زوجة الزوج، ولكن ما الحال لو أن امرأة تبرعت لحمل اللقيحة، هل يثبت النسب لأمه صاحبة البويضة أم الأم البديلة التي حملته في رحمها؟

¹ الآية 54 من سورة الفرقان.

² ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، ص 166.

قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش: بتاريخ 1984/10/08، المجلة القضائية، العدد 4، 1989، ص 79.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش: بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية، العدد 1، 1990، ص 86.

قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش: بتاريخ 1990/01/20، المجلة القضائية، العدد 2، 1992، ص 71.

ثار خلاف فقهي بين من يرى أن المولود هو ثمرة البويضة التي أفرزتها الأم ولو لم تكن هي التي حملته ووضعتة. في حين أن هناك من يرى أن الحمل والولادة هما معيارين لثبوت الأمومة¹. مستندين في ذلك إلى نص (م43 ق أ): "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة(10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، فإنه يظهر واضحا أن المشرع الجزائري ربط الأمومة بالوضع.

لكن الصحيح وبعد تعديل قانون الأسرة حسم المشرع المسألة بتقرير أن الزوجة صاحبة البويضة هي أم الطفل، بدليل أنه لا يعترف أصلا بالأم البديلة المتبرعة بالحمل.

أما من حيث نسب الطفل لأبيه فنص المادة 45 مكرر صريح في أن طفل التلقيح الاصطناعي يثبت لأبيه الزوج صاحب النطفة، وذلك بموجب ثلاث ضمانات: وهي وجود عقد زواج شرعي، وأن يتم التلقيح برضا الزوجين، وثالثا أن يتم التلقيح بمني الزوج.

إضافة إلى ذلك أن نص المواد 41، 42، 43، 45 ق أ تقتضى الجماع والاتصال بين الزوجين، وإلحاق نسب الطفل بأبيه.

وعليه فإن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة شخص غير الزوج من شأنه المساس بأحكام النسب الشرعي، وبالتالي نكون أمام نوعين من الأبوة: أبوة طبيعية قانونية ترجع للزوج وهو أب الطفل قانونا وأبوة بيولوجية تعود للرجل المتبرع. الأمر الذي سيدفع حتما بالزوج لرفع دعوى إنكار نسب الطفل الذي أتى عن طريق التلقيح الاصطناعي بغير نطفته.

لذلك فإنه لا يمكن القول أن رضا الزوج السابق على ممارسة عملية التلقيح يؤدي إلى تقرير مشروعية العملية، لأن ذلك من شأنه أن يمس بالنظام العام والآداب العامة وكذا بالحكم المنصوص عليه في (م41 ق أ)².

¹ العربي شحط عبد القادر: المرجع السابق، ص 24.

² قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش: بتاريخ 1990/01/22، ملف رقم 57756، المجلة القضائية، العدد 2، 1992، ص 71.

وفي هذا الإطار فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى إلحاق هذا الطفل الناتج عن نطفة رجل آخر غير الزوج بأمه كولد الزنى، ولا يثبت نسبه من صاحب النطفة الأجنبي ولو عرف من هو.¹

وفي رأي الجمهور دلالة واضحة على شناعة هذا الفعل، والتحذير من تساهل الناس في مسألة التلقيح الاصطناعي بنطفة غير الزوج التي تعتبر غير جائزة شرعا وقانونا.

الفرع الثاني: أثر التلقيح الاصطناعي على العدة

معلوم أن العدة تجب على الزوجة إن توفي عنها زوجها أو فارقها بطلاق أو فسخ، وكذلك تجب العدة على الزوجة إن فارتها زوجها بطلاق أو فسخ بعد إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وهو حكم لم يخالف فيه أحد من الفقهاء.²

حيث ذهب المالكية: إلى أن إنزال الخصي أو المجهول مما يوجب اعتداد الزوجة، ذلك أن الخلوة حصلت، وأن المنى قد وصل إلى رحم الزوجة. ومتى ثبتت العدة على زوجة المجهول ثبت نسب الولد منه لأنها - أي العدة - شرعت لصيانة مائه من أن يخالطه ماء غيره فتختلط الأنساب.

كما أن الحنابلة أنطوا وجوب العدة بالمسيس أو الخلوة بغض النظر عن موانع الوطء، فأوجبوا العدة على زوجة المجهول إذا خلا بها.

أما الشافعية فإنهم نفوا العدة عن زوجة المجهول إذا لم تستدخل منيه، وقالوا: أما لو لم يعلم عدم استدخاله، كأن ساحقها ونزل منيه ولم يعلم هل دخل فرجها أو لا. فتجب العدة ويلحق به النسب وتتقضي عدتها بوضع الحمل الحاصل منه.

¹ عبد الملك عبد الرحمن السعدي: المرجع السابق، ص 114.

² عبد الملك عبد الرحمن السعدي: المرجع السابق، ص 104.

وأكد الحنفية ضرورة إدخال المني في فرج الزوج حتى تثبت به العدة يلحق به النسب، فقالوا: "جاءت امرأة الم محبوب بولد، ولم تعلم بجبه فادعاه ثبت نسبه... لإنزاله بالسحق".

فيتضح مما سبق أن جمهور الفقهاء يثبتون العدة للزوجة متى تم إنزال مني زوجها الم محبوب برحمها. والمحبوب هو من لا يقدر على إيلاج عضوه الذكر في فرج زوجته، وإنما يكفيه المداعبة والملامسة من خارج الرحم. وعليه تقاس مسألة التلقيح الاصطناعي متى ثبت أن مني الزوج تم تلقيحه ببويضة زوجته سواء في رحمها أو في أنبوب الاختبار وجبت عدتها. وقد نظمت أحكام المواد 58 إلى 61 ق. أ المعدل أحكام العدة وأنواعها ومدتها وفق تعاليم الشريعة الإسلامية.

وعليه إذا أجرت الزوجة تلقيحا اصطناعيا، ثم توفي عنها زوجها وجب عليها عدة الوفاة، أو طلقها بعد ذلك وجب عليها عدة المطلقة.

أما في حالة لو كانت البويضة لزوجته والحمل لامرأة أخرى (الأم البديلة) وهذا غير مشروع كما أسلفنا - ولكن نبين أحكام العدة لو حدث هذا فرضا -، فإنه لو توفي الزوج فالزوجة صاحبة البويضة تعتد عدة وفاة لأن لها علاقة زواج بزوجها. أما الأم البديلة فتعتد عدة حمل بأن تضع حملها، لأن الله تعالى يقول: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن"¹. وهذا ما أكدته المشرع في نص المادة 60: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشر أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

والعدة في هذه الحالة ليست مرتبطة بطلاق لأنه لم يثبت عقد زواج بين الزوج صاحب النطفة وبين الأم البديلة المتبرعة بالحمل، حتى نقول أن هناك طلاق وبالتالي تجب عدة الطلاق. ونفس الشيء يقال بالنسبة لوفاة الزوج صاحب النطفة، فليس هناك وجه للقول بأن تعتد الأم البديلة عدة وفاة لأنه ليس

¹ الآية 04 من سورة الطلاق.

بزواج لها. وعليه بقيت مسألة الحمل على أنها واقعة مادية موجودة لا يمكن نفيها أو حتى تجاهلها، لأن الجنين موجود. وعليه تجب على الأم البديلة عدة الحمل، لأنها مرتبطة به.¹

الخاتمة:

اتضح لنا أن التلقيح الاصطناعي باعتباره طريقة طبية حديثة غير طبيعية للإنجاب جائز شرعا وقانونا، وذلك لوجود الضرورة والحاجة إليه. وأنه لا يمكن إجراء التلقيح الاصطناعي من دون توافر شروطه الأساسية : من توافر للمصلحة وهي وجود الضرورة الداعية إليه، وأن يتم في إطار العلاقة الزوجية القائمة أثناء حياة الزوجين وبقاؤهما مرتبطتين بعقد زواج شرعي.

كما يشترط توافر رضا الزوجين وإذنهما بإجراء هذه العملية، وهذا الشرط مستنبط من الأصول العامة للتصرفات الشرعية أو القانونية المبنية على حرية الأشخاص ورضاهم. ويشترط أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين لا غير، ومعنى ذلك أن تتم العملية بنطفة الزوج وبويضة ورحم الزوجة. وفي هذا عدم اعتراف بكل أشكال التلقيح الاصطناعي التي تقوم أو تتطلب عنصر أجنبي غير الزوجين.

كما أنه متى كان التلقيح الاصطناعي مشروعاً رتب آثاره القانونية المترتبة عن التلقيح الطبيعي من ثبوت للنسب ووجوب للعدة ، ووجوب التوارث والنفقة والحضانة.

غاية ما في الأمر أننا نهيب بالمشروع لوضع الآليات القانونية التي تتولى إجراء ومتابعة هذه العمليات، وذلك بإنشاء لجان وطنية مكونة من أخصائيين مؤهلين فعلاً من فقهاء وأطباء وقانونيين للقيام بهذه العمليات ومتابعتها هذا من جهة. ومن جهة أخرى ضبط ووضع إطار قانوني للقيام بهذه العمليات سواء من حيث الصرامة في تطبيق النصوص القانونية مع كل مخالفة أو تجاوزات أو تلاعب بمثل هذه العمليات أو من حيث تحديد المراكز المختصة بإجراء هذه العمليات

¹ محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد الثالث عشر، ط الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، 1428 هـ، ص

وتجهيزها بكل ما تتطلبه مثل هذه العمليات. وعدم السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي خارج إشراف ومتابعة لجنة مختصة تابعة للدولة.

مراجع البحث

القرآن الكريم

- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار الفكر، القاهرة، بدون تاريخ.
- أبو بكر بن سعود الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- أبو البركات أحمد بن محمد الدردير: فتح القدير في شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1952.
- أبو البركات أحمد بن محمد الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل، مع حاشية الدسوقي، الجزء الرابع، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- أبو الحسن علي بن محمد: شرح الرسالة، الجزء الأول، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، المجلد الثاني، دار الحديث، القاهرة، 2004.
- ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001.
- أبي إسحاق إبراهيم علي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، بدون تاريخ.
- أحمد بن يحيى المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1368هـ.
- إيهاب يسر أنور علي: المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1994.

- العربي شحط عبد القادر: الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، وهران، 2000.
- العربي شحط عبد القادر: نظام الإنجاب الاصطناعي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة موسوعة الفكر القانوني، العدد الرابع، وهران.
- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 1993، volume xxxi ، الجزائر .
- تشوار الجيلالي: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- صبري القباني : أطفال تحت الطلب ومنع الحمل، الجزء الأول، الطبعة الرابعة والعشرون، 1980، دار العلم للملايين، بيروت.
- عبد العزيز بن باز: الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير، الرياض، 2005.
- عبد الملك عبد الرحمان السعدي: العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1985، دار البيان العربي، جدة.
- عبد الرزاق سوكة: أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب والقانون، القاهرة، 1988.
- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بدون تاريخ.
- عمر سليمان الأشقر: خصائص الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، بدون تاريخ.

- مصطفى الزرقاء: التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الأول، 1987، السعودية.
- مصطفى الزرقاء: الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب. www.sehha.com
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الرابع، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد الثالث عشر، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، 1428 هـ.
- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، 1977، دار النهضة العربية، بيروت.
- محمد سعد اليوبي: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، الطبعة الأولى، 1998، دار الهجرة، الرياض.
- محي الدين يحيى بن شرف النووي: المجموع شرح المذهب، الجزء الخامس، مطبعة الإمام، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- مفتاح محمد أفريط: الحماية القانونية للجنين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، 2004، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.
- مروك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- موفق الدين ابن قدامة: المغني، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة.
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 1998.
- الكمال بن الهمام: فتح القدير شرح الهداية على البداية، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون تاريخ نشر.
- هاشم جميل عبد الله: نخبة زراعة الأجنة، مجلة الرسالة الإسلامية، العدد 232، السنة الثانية والعشرين، تشرين الأول 1989، العراق.

- الأمر رقم 02-05 المتمم والمعدل للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق 06 يوليو 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

Mme Mulders -Klein (M.T) : Le corps humain - responsabilité juridique et famille en droit belge, Rapport présente aux travaux Henri capitan sur le corps humain et le droit, tome xxvi, Dalloz, 1975.