تحليل المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، على ضوء التطورات الطبية الحديثة وقانون الصحة الجديد 18-11

Analysis of Article 45 bis if the Algerian Family Code related to artificial insemination, in light of recent medical developments and the provisions of new Health Law 18-11.

خالد شبوعات[1]

طالب دكتوراه جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،

chebouat.khaled@univ-ouargla.dz/chebouatkhaled@gmail.com

نور الدين زرقون[2]

أستاذ محاضر أ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،Zergoune.noureddine@gmail.com

تاريخ الإرسال: 20/ 09 / 2020 * تاريخ القبول: 10/05 /2021 * تاريخ النشر: 15/ 05 / 2021

ملخص:

شهد العالم طفرة علمية مذهلة في مجالي الطب والبيولوجيا ، فالطب الإنجابي لم يعد مقتصرا على تقنيات التلقيح الاصطناعي التي وجدت بهدف الإنجاب فحسب، بل ارتبط بالبيوتكنولوجيا و الهندسة الوراثية و الطب الوراثي، ما أسفر عن ظهور ممارسات لا أخلاقية خطيرة تتعرض لها الأجنة سواء كانت فائضة أو مجهضة كالممارسات الانتقائية التي تهدف إلى إنجاب مواليد أسوياء وبمواصفات محددة حسب رغبة الأزواج وذلك بالتدخل في الجينات الوراثية، وممارسات الأبحاث والتجارب العلمية كأبحاث الاستنساخ وأبحاث الخلايا الجذعية الجنينية، وإقحامها في الصناعات الدوائية كإنتاج الأنسولين البشري و الهرمونات و مواد التجميل .ما جعل فقهاء، و مشرعي قوانين الأسرة والطب الإنجابي يعدّلون نصوصهم، ومنهم الجزائري الذي أضاف نص المادة 45 مكرر، خاصة وأن هذه الممارسات تتصل بمقصدين من مقاصد الشريعة الإسلامية وهما حفظ النفس و النسل، و تعتبر قضايا طبية مستجدة بحاجة إلى تأطير شرعي وقانوني محكّم، لكن بتحليل المادة - سالفة الذكر - يتبيّن أن المشرع الأسري بالرغم من وضعه لشروط تضفي على الرابطة الزوجية هالة من القدسية، إلاّ أنها غير كافية مقارنة بحجم هذه التقنيات، و باستقراء القوانين المعنية بهذه العمليات نجد قانون الصحة لسنة 2018 يدعم المادة 45 مكرر لكنه لا يرقى إلى المستوى المطلوب، أما في قانون العقوبات و مدونة أخلاقيات مهنة الطب لا يوجد ما يعزز ذلك.

الكلمات المفتاحية:

التلقيح الاصطناعي- المادة 45 مكرر- التطورات الطبية- الإنجاب- العقم

Abstract:

The world has witnessed a spectacular scientific breakthrough in the fields of medicine and biology. Reproductive medicine is no longer limited to artificial insemination techniques used exclusively for procreation purposes, but has been extended to biotechnology, genetic engineering and genetic medicine, resulting in dangerous immoral practices to which aborted and surplus fetuses are exposed, including selective practices that aim to give birth to healthy babies with specific traits desired by parents through genetic interventions, in addition to cloning and embryonic stem cell (ESC) research practices, and their involvement in pharmaceutical industries such as the production of human insulin, hormones and cosmetics. These made family law and reproductive medicine legislators amend their texts, including the Algerian legislator who added the text of Article 45 bis, especially since these practices are related to two higher objectives of Islamic Sharia, namely, life and lineage preservation, and are emerging medical issues that need

[1] خالد شبوعات

[2] نور الدين زرقون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

a reliable doctrinal and legal framing. However, the analysis of the aforementioned article reveals that despite the family law legislator has set conditions that give the marital bond an aura of sanctity, they remain insufficient compared to the size of these techniques. Moreover, by reviewing the laws concerned with such practices, we find that the Health Law of 2018 supports Article 45 bis, but it does not rise to the standard required, while both the Penal Code and the Medical Ethics Code reveal nothing to support it.

Key Words:

Artificial insemination-Article 45 bis -biomedicine- procreation- infertility

مقدمة

أمر الله عزوجل عباده ذكرانا وإناثا بالزواج لأنه أساس حفظ النسل وبقاء النوع وعمارة الأرض والاستخلاف فيها، وجعل حب الذرية غريزة فطرية يصبو إليها جميع أفراد البشر وتقر أعينهم بإنجابهم، إلاّ أنه في بعض الأحيان تطرأ أسباب عضوية أو نفسية تحول دون تحقيق هذه الرغبة فتجعل الأزواج غير القادرين على الإنجاب في حيرة وقلق شديدين، وقد يصل الأمر بهما إلى فك الرابطة الزوجية.

لحل هذا المشكل والتغلب على العقم وأثاره اهتدى الطب الحديث إلى تقنيات الإخصاب الطبي المساعد التي تعرّف بأنها "إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة ولكن ليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر، بل بحقنة اصطناعية بهدف إحداث الحمل عند المرأة" (يوسف فرج، 2013، ص 11)، وأنشأ لها مراكز في شتى بقاع العالم وأصبحت هذه التقنيات حديث الرأي العام العالمي بكل أطيافه.

بالرغم من أن هذه التقنيات تبعث الأمل إلاّ أنها شكوكها ومخاوفها الجمة أكبر من ذلك حيث أصبحت تزعزع أركان الفطرة السوّية التي ارتضاها الله لخلقه وذلك بإجراء التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وإدخال طرف ثالث في العملية الإنجابية وإجراء الممارسات الانتقائية بفعل تطبيقات الهندسة الوراثية وممارسات أخرى.

هذا ما يجعل تنظيم هذه التقنيات بضوابط وشروط شرعية وقانونية ضرورة حتمية تقتضيها مصلحة الأزواج الخاضعين لها وأجنتهم، وذلك لأنها تمس بمقصدين من مقاصد الشريعة الإسلامية وهما حفظ النفس وحفظ النسل، وتعتبر كذلك من النوازل الطبية التي تحتاج إلى تأطير محكم، وهذا ما تم بالفعل حيث سارعت أغلب الشرائع و التشريعات ومنها الجزائري إلى تنظيمها بنص المادة 45 مكرر، لكن وفق ما هو مطلوب أم لا ، **هذا ما يجعلنا نتساءل عن مدى مواكبة المشرع الجزائري للتطورات الطبية المتعلقة بتقنيات الإخصاب الطبي المساعد وما يتبعها، توفيقا أم إخفاقا؟**

1. مدى مواكبة المشرع الأسري لتطورات الطب الإنجابي من خلال المادة 45 مكرر:

بتأطير فقهاء الشريعة الإسلامية لعمليات التلقيح الاصطناعي وتنظيمها بضوابط حيث أصبحت في مأمن من أي تلاعب، وأمام رغبة الكثير من الجزائريين الذين يعانون من العقم باللجوء لهذه العملية وخاصة بعد إثبات الأطباء الجزائريين لقدرتهم على العمل في هذا المجال (بوسندة، 2010، ص 80)، هذه العوامل جعلت المشرع الأسري يعدّل ق أج بالأمر 02–05 ويسمح بإجراء التلقيح الاصطناعي بنص المادة 45 المضافة والتي تنص على أنه "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي:

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

-أن يكون الزواج شرعيا؛

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛

-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما؛

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

لكن هذه الشروط من شأنها تؤطر عمليات التلقيح الاصطناعي تأطيرا محكما، أم أنه يتخللها عجز وقصور لتأدية هذه المهمة؟ هذا ما سنوضحه في الأتي :

1.1.مواطن التوفيق:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفّق المشرع الأسري في تنظيم عمليات التلقيح باشتراطه :

إجراء التلقيح ضمن رابطة زوجية شرعية قائمة:

- أن يكون الزواج شرعيا: فيعد هذا شرطا جوهريا للاستعانة بتقنيات التلقيح الاصطناعي في أن يكون كل من الرجل والمرأة مرتبطين بزواج صحيح، وعليه إذا كان المشرع يحرص على إجراء التلقيح بين زوجين شرعيين دون الأجنبيين فإنه يحرص من وراء ذلك على إحاطة العلاقة الزوجية بهالة من القدسية حفاظا على نسب الأبناء وعلى الشرف وصيانة الفرد والمجتمع، وما المادتان 40 و 41 من قانون الأسرة إلا لهذا الغرض(تشوار، 2001، ص 103).

والمقصود بالزواج الشرعي الصحيح هو الزواج المتوفر الأركان ومستوفي الشروط المنصوص عليها في المواد 07وما بعدها من ق أج، فإذا قضي ببطلان الزواج انتفى الحق في اللجوء إلى هذه العملية لانعدام الأساس الذي تعتمد عليه.

أما فيما يخص العقد العرفي هل يجوز للأزواج المتزوجين بعقد عرفي اللجوء إلى تقنيات التلقيح الاصطناعي؟

الجواب: لا يجوز لهما ذلك إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا حتى يكون سندا لهم لإثبات حالتهما أمام مركز الإجراء؛

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما: فالرضا لابد أن يكون مستوفي جميع شروطه (السن القانوني - خلو الإرادة من العيوب - رضا الزوجين معا- تسجيله في سجل المركز المعالج) (تشوار، 2006، ص- ص -57-59)، إذ مصلحة الطفل تقتضي توافره لأنه قد تتم عملية التلقيح بتخلف هذا الشرط، فيأتي الطفل غير مرغوب فيه سواء من الزوج الذي لم يوافق على الإنجاب والذي قد يلجأ إلى دعوى إنكار نسب الطفل التي حتى وإن رفضت فإنها تعود عليه- الطفل- بآثار سيئة نفسيا واجتماعيا بمجرد التفكير فيها وحتى على الأم التي يصعب عليها نسيانها، أما إذا قبلت الدعوى فإنها حتما تؤدي إلى كارثة حقيقية لكل من الطفل وأمه.

وبما أن التلقيح الاصطناعي عمل طبي يقع على الزوجين فرضاهما ضروري شأنه شأن الأعمال الطبية الأخرى التي تتطلب موافقة المريض واحتراما لمبادئ وأخلاقيات مهنة الطب.

وإذا كان رضا الزوجين أو كلاهما لعملية التلقيح يؤدي إلى استحالة إجرائها، لكن حرية الزوجين في الرفض مقيدة فلا يمكن لأحد الزوجين رفض العملية بدون مبررات ومسوّغات منطقية مقبولة فهو وسيلة لتحقيق هدف أسمى وهو الإنجاب الذي يزيل ألم العقم ويسعد الزوجين بذرية تقر بها أعينهم، بالإضافة إلى أن التلقيح وسيلة مشروعة يقرها الدين والأخلاق، فإذا وافق الزوج على إجرائها وتبيّن للزوجة عدم تعرضها لأية خطورة فإن رفضها يعد خطأ كبيرا. وكذلك بالنسبة للزوج إذا وافقت زوجته فليس له أن يرفض لأن هذا قد يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية.

ولا يكتمل هذا الشرط إلاّ بشرط أخر وهو أن يتم التلقيح حال الحياة الزوجية التي قد تنقطع بالطلاق أو الوفاة وقد ذكر المشرع في المادة 45 مكرر بلفظ " أثناء حياتهما " نظرا لما قد يحصل من خطورة في حالة انعدامه (حميدو، 2006، ص- ص 90- 91)؛ لأن ركيزة النسب قائمة على إمكان التلاقي، وهذا الأخير قائم على حياة الزوجين، لأنه لا يتصور تلاقي شرعي في غياب أحد الزوجين (بن الصغير، 2007، ص 87).

وبهذا يكون المشرع الأسري قد حذا حذو غالبية فقهاء الإسلام بشأن شرط التلقيح أثناء حياة الزوجين، و لم يدخل في الخلاف الفقهي الذي حصل بينهم، لأن هناك اتجاه فقهي آخر قال بجواز التلقيح بعد الوفاة وأثناء العدة وقال بأن انتهاء الحياة الزوجية أمر خلافي بين الفقهاء و لا تنتهي بالوفاة إلاّ بعد انقضاء عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما ذكره الفقهاء من جواز تغسيل أحد الزوجين للأخر بعد الوفاة ومنهم الإمام مالك، و عليه استنبطوا حكما مفاده أنه لو انتهت الحياة الزوجية بالوفاة لما جاز لأحدهما لمس الأخر بعد الوفاة، والمتفق عليه جواز تغسيل أحدهما الأخر بعد الوفاة.

إن الرأي المجيز لعملية التلقيح بعد الوفاة وأثناء العدة يؤخذ عليه أنه أخذ بجواز لمس أحد الزوجين كدليل على جواز تلقيح زوجة المتوفى بمني زوجها، لأنه لا يمكن قياس جواز لمس المرأة لزوجها بعد الوفاة من أجل تغسيله وهو أمر محل خلاف فقهي وليس له أهمية كبرى مع مسألة التلقيح بعد الوفاة وما يترتب على ذلك من إلحاق النسب بالمتوفى وهو أمر في غاية الخطورة، بالإضافة إلى أنه يتعارض مع الأصول الثابتة التي يحدد على أساسها نسب الولد من أبيه،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتعارض أيضا مع أحكام الميراث فيفتح الباب للمحتالين بالإدعاء بإلحاق الأولاد بأزواجهن بدعوى أنهم لقحوا بمني أزواجهم بعد وفاتهم للحصول على الميراث.

وبدورنا نحن- والله أعلم- نشاطر الرأي الذي يمنع التلقيح بهذه الصورة لأن الحياة الزوجية تنقضي بأحد الأسباب سواء كان طلاق أو وفاة، فالله سبحانه وتعالى عندما شرع العدة فقد شرعها لحكمه الإلهية منها إستبراء الرحم، فكيف نقول على الزوجة أن تعتد وهي ما زالت يحق لها التلقيح من زوجها الذي انقضت معه حياتها الزوجية بالطلاق أو الوفاة، بالإضافة إلى أنه عندما تعمد الزوجة إلى هذه الطريقة فهي حكمت على وليدها باليتم المسبق، وجلب شبهات الزنا، فكيف ينظر المجتمع لامرأة مات عنها زوجها وأنجبت بغير ما أن تتزوج ، مع العلم أن وفاة زوجها شيء ظاهر وتلقيحها بمنيه شيء خفي ما يجعل نسب ابنها محل شك وشرفها محل للطعن والعرضة.

منع إدخال طرف ثالث في العملية الإنجابية:

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما : وهذا حفظا لأهم مقصد وهو النسب من الاختلاط والضياع بالنسبة للجنين، وتكريما لنطفة الإنسان التي يتخلق منها الولد من جهة، وتكريما للزوجة بجعلها مختصة بزوجها لا لغيره من جهة أخرى (حميدو، ص 94)، مقتبسا في ذلك من الفقه الإسلامي الذي أجمع على حرمة التلقيح خارج الرابطة الزوجية بقرار صدر عن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان بين 11 و 16 أكتوبر1986 والذي جاء ضمنه: " ... أن تلقيح بويضة امرأة أخرى بمني رجل ليس زوجها، واستبدال أو خلط مني الإنسان بغيره وكذا إنشاء مستودع تستحلب فيه نطف رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهن صفات معينة، كلها محرمة وممنوعة على الإطلاق لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب وضياع الأسر"، والذي استند فيه المجمّع على جملة نصوص من الكتاب والسنة منها قوله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنّى شئتم وقدموا لأنفسكم واتقوا الله وأعلموا أنكم ملاقوه وبشر المؤمنين)(سورة البقرة، الآية 223)، و قوله تعالى (أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله) (سورة الأحزاب، الآية 05)، كما تم الاستناد إلى حديث المصطفى عليه الصلاة والسلام بقوله (أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيّما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين)(النيسابوري، ص 221)،

لأن الأب هو صاحب حق النسب الذي يدعى الولد إليه، وإذا حدث وأن نسب ولد إلى شخص ليس من مائه فهذا ينزل بالمجتمعات الإنسانية إلى الحضيض، ونذير شؤم ينذر بكوارث اجتماعية تصيب البشرية جمعاء أفراد وجماعات.

وأيضا لأسانيد منطقية، فمن غير المعقول قبول تلقيح زوجة بماء غير زوجها، فهذا ما تأباه الطباع والنفوس السليمة، والحفاظ أيضا على الآداب العامة، ومنع احتمال تلقيح المحارم لأنه كلما زاد عدد الذين يلقحون النساء بماء رجل واحد كلما زاد الاحتمال بأن تلقح أمه أو أخته أو عمته أو إحدى محارمه.

مما سبق يتضح أن الجنين الذي ينتج عن عملية تلقيح بماء الغير هو ابن غير شرعي أي ابن زنا، لأن الإنجاب محصور بين رجل وامرأة تجمعهما زوجية شرعية، وأن الفطرة السليمة التي ارتضاها الله لخلقه لا يستقيم معها علاقة إنجاب ثلاثية الأطراف.

-لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة : حسنا ما فعل المشرع بمنعها لمفاسدها الكبيرة، والتي ترتكز في:

– عدم وجود رابطة زوجية بين صاحب المني وصاحبة الرحم البديل، فحملها غير مشروع لأن إنجاب الذرية متوقف على الزواج الشرعي، ويشير إلى هذا قول الله تعالى عز وجل (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات) (سورة النحل، الآية 72)؛

– تدخل طرف ثالث يتوسط العلاقة الزوجية، وهذا محرم مهما كان سواء رحما أو جنين أو مني أو بويضات؛

– تفضي إلى حدوث الشقاق والنزاع حول من هي الأم الحقيقية ؟ والشريعة الإسلامية من أهدافها سد كل ما يؤدي إلى النزاع والخلاف، وغير مستساغ أن يحل المسلم مشكلة الإنجاب التي قسمها الله له بمشاكل أخرى أكبر منها والتي قد تمتد إلى الغير إذا تعلق الأمر بالميراث مثلا؛

– الوقوع في الحرمة وذلك من خلال كشف العورة واللمس وغيرها من المفاسد التي تأتي على الفروج،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا الأمر منهي على المسلم فعله لأنه مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية التي شددت على صيانته لقوله تعالى (والذين لفروجهم حافظون إلاّ على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فهم العادون) (سورة المؤمنون، الآيتين 5-6)؛

– تدعو للشر والفساد والفتنة وإشاعة الفاحشة بين المسلمين وهذا منهي عنه لقوله تعالى) إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون) (سورة النور، الآية 19)؛

– تلتقي مع الزنا في إطار واحد فجوهرهما ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء لرجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل رباط زوجية شرعية فهي جريمة منكرة؛

– مكلفة جدا وغير مضمونة بميلاد أجنة مشوهة، فنسبة النجاح تصل فيها 27 بالمائة فقط في أحسن الأحوال وتحتاج إلى إعادة المحاولة عدة مرات ويتم صرف المبالغ لإجراء الأبحاث والتحاليل اللازمة وأجور الأطباء والمستشفى والأم المستعارة؛

- عدم قابلية الرحم للبذل والإباحة سواء بالبيع أو الهبة أو الاستئجار؛

– تؤدي إلى اختلاط الأنساب وعدم إمكانية نسبة المولود إلى والدين معلومين، ذلك أن الشريعة الإسلامية تولي أهمية قصوى للنسب ووضعت له القواعد المنظمة له؛

– فيها شبهة تحدي المشيئة الإلهية، لأن الله عز وجل لحكمة يعلمها إلاّ هو جعل البعض عقيما (مأمون، 2004، ص- ص 25-29) لقوله تعالى (لله ملك السموات والأرض يخلق من يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير) (سورة الشورى، الآيتين 49- 50)؛

– ضياع لحقيقة الأمومة التي فطرها الله تعالى وعرفها الناس، والمتمثلة في تحمّل مشقة الحمل والوضع، فلولا هذه المعاناة لما كان للأمومة فضلها وامتيازاتها لقوله تعالى (ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن أشكر لي ولوالديك إلي المصير) (سورة لقمان، الآية 14)؛

- عدم تأثر الجنين وراثيا من الأم البديلة ليس مؤكد من الناحية الطبية لأن الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم، والجنين لا يعتمد على الصفات الوراثية للأبوين فقط، بل يتأثر بالبيئة المحيطة، وقد ثبت علميا أن الرحم ليس وعاء لحمل الجنين فقط بل يؤثر فيه، فجهاز الجنين الشمعي يكتمل نموه في الأسبوع الحادي عشر وهو يرتبط بدقات قلب أمه، فالحمل عبارة عن تفاعل حيوي بين أنسجة الأم والجنين، فمثلا إذا زاد هرمون الغدة الدرقية في دم الأم الحامل أثناء الحمل فإنه يؤدي إلى اختلاط نشاط الغدة الدرقية للجنين، وإذا حملت جين أحد الأمراض الوراثية فينتقل إليه ويؤثر عليه حتى بعد الولادة، فالأم المستعارة تؤثر في تكوين الصفات الوراثية للجنين عن طريق الرنا RNA والسيتوبلازم والجهاز المناعي (البعداني، 2012، ص- ص 89- 93)، ونشير إلى أنه بالرغم من حرمة هذه التقنية إلاّ أنها لم تمنع بعض الفقهاء من البحث في نسب الجنين الناتج عنها لإمكان حدوثها، وذلك ببيان الأحكام المترتبة عنها، لأن فقهاء الشريعة الإسلامية بحثوا في نسب ابن الزنا بالرغم من تحريمها نصا وإجماعا.

2.1. مواطن الإخفاق و القصور:

يتخلل المادة 45 مكرر تعارضين زمنيين، و بعض الإغفالات نوردهم كالتالي:

التعارضين:

الأول : أشار زياد سلامة في مؤلفه " أطفال الأنابيب بين العلم الشريعة " إلى خبر ورد في جريدة صوت الشعب بتاريخ 1984/11/20 يستثني الجزائر من التشريعات العربية التي التزمت الصمت حول التلقيح الاصطناعي وورد فيه " أباحت الحكومة الجزائرية التلقيح الاصطناعي فقد أصدر المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بأن التلقيح الاصطناعي غير محرم في نظر الشريعة الإسلامية وقالت صحيفة الثورة الإفريقية أن التلقيح الاصطناعي لا يتم التفكير فيه إلاّ بالنسبة للزيجات الشرعية حيث سيكون الزوج هو المانح الوحيد(سلامة، 1996، ص 239).

إلاّ أنه من خلال تتبع النصوص القانونية الجزائرية سواء ق أ 11 – 84 ، أو قانون الصحة العامة و ترقيتها 85 05 –المعدل بالأمر 17 – 90 ، والأمر 276 – 92 المتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، لم نعثر على نص قانوني ينص على التلقيح الاصطناعي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الثاني : أن وزارة الصحة أصدرت التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية التي تنظم عمليات الإخصاب الطبي المساعد (قاسم العيد، 2007، ص 210) ، قبل أن يعترف المشرع بالتلقيح الاصطناعي سنة 2005 ، ما جعلنا نتساءل لماذا هذا التأخير الذي مدته خمس سنوات، مع العلم أن الأمر خطير يصيب ركيزتين أساسيتين هما البنوة (النسب) والزواج، بل الأكثر من هذا نصت التعليمة - السالفة الذكر - على السن الواجبة في الزوجين الراغبين في الإنجاب بطريق التلقيح الاصطناعي وحددته بخمسين سنة بالنسبة للمرأة ولم تحدده بالنسبة للرجل ولم ينص على التلقيح في حد ذاته في نص قانوني، مما يفهم أن الجزائر تعترف بالتلقيح الاصطناعي قبل تعديل 2005 ، والدليل أنه تم إجراء أول عملية تلقيح خارج الرحم في الجزائر في بداية شهر أوت سنة 1999 بعيادة الفارابي بعنابة (مكرولوف، 2004- 2005، ص 72).

الإغفالات :

على الرغم من أن المشرع الجزائري كان موفقا خاصة وأنه اقتبس من مبادئ الشريعة الإسلامية، إلاّ أنه يؤخذ عليه بعض القصور أهمه:

- لم يتطرق لتعريف عملية التلقيح الاصطناعي ولا لأنواعه ولا لصوره؛
- إغفال شرط الضرورة الملحة الذي وضعه فقهاء الشريعة الإسلامية وهي التأكد من عدم إمكانية الإنجاب بالطرق الطبيعية، فنص المشرع جاء عاما ويمكن حتى الزوجين اللذين ليس لهما عجز في الإنجاب بالطرق الطبيعية استعمال هذه الوسيلة ولو على سبيل التجربة أو الفضول؛
- لم ينص على النسب الناتج عن هذه العمليات بالرغم من الاعتراف به، وبقي النسب خاضع للمادة 41 من قانون الأسرة التي تثبت النسب إلاّ للولد الشرعي أي الذي اتصل والداه جنسيا والتي تنص: (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة) .

فالمشرع الجزائري لا نص على النسب الناتج عن تقنية التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر ولم يلحقها بالمادة 41 ، مما ولد فراغا قانونيا فيما يخص النسب الناتج عن هذه التقنية.

وكان عليه أن يضع المادة 45 مكرر مباشرة بعد المادة 41 لتتميمها وتفسيرها باعتبار أن المادة 41 هي القاعدة والمادة 45 مكرر هي الاستثناء (حميدو، ص 90)، أو وضع المادة 45 مكرر فقرة ثانية للمادة 41 من نفس القانون رافعا اللبس الذي يكتنف عبارة" وأمكن الاتصال " بالفقرة الأولى منها، خاصة وأنها كانت سندا لمن يقول بجواز التلقيح الاصطناعي قبل التعديل (زبيري، 2011- 2012، ص 31)؛

- لم يتطرق لمسألة تخلف شرط الرضا، هل يمكن للطرف الآخر طلب الطلاق بالنسبة للرجل والتطليق بالنسبة للمرأة؟؛
- لم ينص على مصير اللقائح الزائدة عن الحاجة؛

بالإضافة إلى أنه لم يتبّع هذا النص بنصوص تنظيمية وعقابية يتناول فيها:

- **التنظيمية:**
- تنظيم عمل مراكز إجراء هذه العمليات؛-
- -مسؤولية كل من الطبيب والزوجين اللذين يقومون بهذا العمل في غياب شرط الضرورة؛
- الجزاءات الإدارية المترتبة في حالة مخالفة المراكز للقانون المعمول به في هذا المجال كسحب التراخيص مثلا..
- **العقابية:**
- الجزاء العقابي المترتب عن تخلف أحد الشروط ؛
- جرائم خلط واستبدال وسرقة النطف والبويضات؛
- جرائم المتاجرة في اللقائح، خاصة وأنها تعتبر مادة أولية في معامل الأدوية والمختبرات.

2. مساعي مشرع قانون الصحة في سد الفراغ التشريعي لعمليات التلقيح الاصطناعي وما يتصل بها:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حاول مشرع قانون الصحة من خلال التعديل الجديد تدارك عجز المادة 45 مكرر وعجزه هو أيضا لأنه معني وبشكل مباشر بعمليات التلقيح الاصطناعي وما يرتبط بها، فوفق في سد بعض الثغرات إلاّ أنه لازال هناك فراغ تشريعي، وهذا ما سنبينه في النقاط التالية:

1.2. تدارك ثغرات عمليات التلقيح الاصطناعي في حد ذاتها :

المتعلقة بالمادة 45 مكرر:

- شرط الضرورة الذي نصت عليه المادة 370 /1 بقولها: (المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكد طبيا...)، وهذا حتى لا تكون وسيلة في يد المتلاعبين،

-لأهمية الشروط المذكورة في المادة 45 مكرر، أكد عليها بالفقرة 1 من المادة 371 التي تنص:(تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبّر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلاّ للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر...)، ورتب جزاء عقابي لمن يخالف هذه المادة بالحبس من خمس سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج (المادة 434).

المتعلقة بقانون الصحة في حد ذاته:

- النص على تقديم الزوجين لطلب كتابي يؤكدان فيه موافقتهما على اللجوء لعمليات التلقيح الاصطناعي في الفقرة 2 من المادة 371 بقولها: (...يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية)، وهذا حتى يكون لهما سندا في مواجهة مراكز المعالجة، أو في مواجهة بعضهما البعض في حالة الخلاف؛
- إجراء عمليات المساعدة الطبية على الإنجاب من قّبل ممارسين معتمدين وفي مراكز أو مخابر مرخص لها، ورتب لها جزاء عقابي بنص المادة 433 في حالة المخالفة؛
- إخضاع مراكز المعالجة لرقابة المصالح الصحية المختصة وإلزامها بتقديم تقرير سنوي عن جميع نشاطاتها المادة 373/ 2.

2.2. تدارك ثغرات التقنيات المتصلة بالتلقيح الاصطناعي:

واكب مشرع قانون الصحة بعض التطورات الطبية وذلك من خلال نصه على:

- السماح بإجراء التشخيص ما قبل الولادة بأمر طبي من أجل اكتشاف مرض بالغ الخطورة للمضغة أو الجنين داخل الرحم بنص المادة 76؛
- نص على البيو- أخلاقيات المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وما يتصل بها (المادة 354)؛
- قيّد نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلاّ لأغراض علاجية أو تشخيصية (المادة 355) ومنع التعامل المالي فيها (المادة 358)؛
- سمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر لصالح أخ أو أخت (المادة 2/361)؛
- منع تداول الحيوانات المنوية والبويضات والأجنة الزائدة عن الحاجة لغاية البحث العلمي والتبرع والبيع (المادة 374)؛
- منع الاستنساخ البشري وانتقاء الجنس بنص المادة 375 ورتب لهما جزاء عقابي بنص المادة 436،
- أحال تحديد شروط حفظ وإتلاف الأمشاج إلى التنظيم.

خاتمة: من خلال هذه الدراسة التحليلية نستنتج جملة من الاستنتاجات ونقدم جملة من التوصيات

استنتاجات:

من خلال تحليل هذه المادة نستنتج أن المشرع الأسري بالرغم من تنظيمه لعمليات الإخصاب الطبي المساعد بشروط من شأنها تحمي العلاقة الزوجية وتحيطها بهالة من القدسية، إلاّ أنها غير كافية لتنظيمها تنظيما شاملا، فقد أغفل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مسائل مهمّة كشرط الضرورة، ونسب الجنين الناتج عن هذه العمليات الذي قد يتأثر سلبا في حالة اختلاط اللقائح أو إجرائها خارج إطار العلاقة الزوجية، ولا يوجد في القوانين المعنية بهذه العمليات ما يعزز هذه المادة، كأن تكون هناك نصوص عقابية تجرم الأفعال التي تحيد عن المبدأ الذي وجدت من أجله وهو الإنجاب، أو نصوص في قانون الصحة تنظم عمل مراكز إجرائها، أو مبادئ أخلاقية في مدونة أخلاقيات مهنة الطب يفرض الالتزام بها خاصة وأن هذه العمليات تنجم عنها مفاسد شرعية وأخلاقية كبيرة،

مما نتج عنه عجز هذه القوانين في مواكبة التطورات الطبية المتعلقة بهذه العمليات خاصة وأن هذه الأخيرة لم تعد مرتبطة بالطب الإنجابي فقط، بل ارتبطت بتطبيقات الهندسة الوراثية حيث أصبحت اللقائح تتعرض لممارسات انتقائية تهدف إلى إنجاب مواليد أسوياء ليس لديهم أيّة إعتلالات أو تشوّهات، وبمواصفات محددة حسب رغبة الأزواج من حيث نوع الجنس ذكر أم أنثى- لون البشرة- لون العينين- لون الشعر- نسبة الذكاء- الطول- ....الخ، وذلك بالتدخل في الجينات الوراثية بالتعديل والحذف و الإضافة.

وارتبطت أيضا- أي عمليات التلقيح الاصطناعي- بميادين الأبحاث العلمية والتجارب الطبية كأبحاث الاستنساخ وأبحاث الخلايا الجذعية الجنينية، وبميادين الصناعات الدوائية كإنتاج بعض أنواع الأنسولين البشري وبعض الهرمونات وبعض مواد التجميل وكل هذا بتعدد مصادر هذه اللقائح فيحصل عليها من اللقائح الفائضة من عملية التلقيح ومن الأجنة المجهضة.

هذا الفراغ التشريعي سارت عليه الجزائر مدة ثلاثة عشر (13) سنة إلى أن جاء التعديل الأخير لقانون الصحة لسنة 2018 حين حاول المشرع تدارك عجزه بحكم أنه معني بهذه العمليات، وعجز المادة 45 مكرر، والذي وفّق من خلاله فعلا بسد بعض الثغرات كشرط الضرورة وتنظيم مراكز المعالجة والبيو- أخلاقيات والنص على بعض التقنيات الحديثة بالجواز كتقنية التشخيص ما قبل الولادة والخلايا الجذعية، وبالمنع كالتعامل المالي والبحثي على اللقائح والاستنساخ وانتقاء الجنس، إلاّ أنه لم يواكب جميع التطورات الطبية كاستخدام اللقائح في الصناعات الدوائية، والخلايا الجذعية الجنينية والتشخيص خارج الرحم وتقنيات أخرى.

هذا ما يجعل تدخل عاجل سواء بالتعديل أو بنصوص جديدة وعلى كل المستويات، قانون الأسرة- قانون العقوبات- قانون الصحة- مدونة أخلاقيات مهنة الطب ضرورة حتمية تقتضيه نوعية هذه التقنيات وإلاّ يؤدي إلى كوارث أخلاقية وطبية وأسرية رهيبة يصعب تداركها.

التوصيات:

تعديل المادة 45 مكرر بإضافة:

- النص على النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي، أو إضافته إلى نص المادة 41 التي تنص على النسب؛

تعديل قانون العقوبات بإضافة بعض الجرائم لم ينص عليها قانون الصحة الجديد:

- جرائم خلط وسرقة واستبدال اللقائح وتشديدها بعقوبات صارمة؛
- الجزاء العقابي لمخالفة شروط التلقيح باستثناء شرط أن يكون التلقيح بين زوجين وتجمعهما رابطة زوجية شرعية التي نصت عليه المادة 371 من قانون الصحة الجديد الذي رتب له جزاء عقابي بنص المادة 434 من نفس القانون؛
- الجزاء العقابي في حق مراكز إجراء التلقيح لمخالفة التنظيم المعمول به في هذا المجال؛
- جرائم مزج اللقائح الآدمية مع اللقائح الحيوانية .

تعديل قانون الصحة العامة وترقيتها بإضافة:

تنظيم وبإحكام المستجدات الطبية المرتبطة بالتلقيح الاصطناعي التي لم ترد في قانون الصحة الجديد وهي:

- الخلايا الجذعية الجنينية التي تعد أصل المادة الحية وقابليتها لتشكيل أي عضو من أعضاء الجسم، لأن المادة 361تتحدث عن الخلايا الجذعية المكونة للدم والمتعلقة بالقصّر؛
- التشخيص الوراثي للقائح خارج الرحم، لأن المادة 76 تتعلق بالتشخيص الواقع على المضغة أو الجنين داخل الرحم؛

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الانتقاء الجنسي المشروع الذي يكون في حال الضرورة، فهناك أمراض تصيب الذكور دون الإناث أو العكس كمرض الهيموفيليا ومرض تليف العضلات (دوشان) واستسقاء المخ والدماغ الذين ينتقلون من الأم إلى الذكور دون الإناث (أحمد داود، 2014- 2015، ص 206)؛
- النص على تشكيل لجان لمراقبة مراكز إجراء التلقيح لمنع أية إنزلاقات أو تلاعبات؛
- إسناد مهمة إجراء التلقيح إلى طبيب مسلم ثقة.

تعديل مدونة أخلاقيات مهنة الطب وذلك بالنص على:

- الالتزام بالأخلاقيات التي تتم بها هذه العمليات خاصة وأنها تتبعها محاذير شرعية وأخلاقية ككشف العورة، وتتطلب سرية تامة.
- تعديل التعليمة الوزارية رقم 300 المؤرخة في12 ماي 2000 المتعلقة بأفضل الممارسات السريرية والعيادية وذلك بإلغاء تقنية التجميد لمفاسدها الكثيرة، فهي تؤدي إلى اختلاط الأنساب باختلاط اللقائح المحفوظة، وتخلف مدة قصوى بين التلقيح والحمل، وتساعد في إجراء التلقيح بعد الوفاة، ومفاسد أخرى كالتبرع باللقائح أو بيعها .
- الاقتباس من مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية المجمّع عليها، لأن فقهاؤها بحثوا هذه النوازل بشكل مستفيض وبتأني و بموازنة مقاصدية بين المصالح والمفاسد على مدار عقود من الزمن، و الدليل على ذلك المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ومجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، واللجنة الطبية الإسلامية، ودور الإفتاء .

قائمة المراجع:

أولا- القرآن الكريم

سورة البقرة، الآية 223.

سورة الأحزاب، الآية 05.

سورة النحل، الآية 72.

سورة المؤمنون، الآيتين 5-6.

سورة النور، الآية 19.

سورة الشورى، الآيتين 49- 50.

سورة لقمان، الآية 14.

ثانيا - توثيق الكتب

النيسابوري، أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، (2002) المستدرك على الصحيحين، مع تضمينات الإمام الذهبي في التلخيص والميزان والعراقي في أماليه والمناوي في فيض القدير وغيرهم، أول طبعة مرقمة الأحاديث ومقابلة على عدة مخطوطات، دارسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا، لبنان، دار الكتب العلمية، الحديث رقم 2814، ج2

تشوار، جيلالي، (2001). الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

سلامة أحمد عبد النبي، زياد، (1996).أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، لبنان : دار البيارق.

يوسف فرج، أمير، (2013).أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية والأحكام الشرعية والقانونية، مصر: مكتبة الوفاء القانونية.

ثالثا- توثيق الدوريات والملتقيات

بحث في مجلة محكمة

بن الصغير، مراد (2007) .التأصيل الفقهي (الشرعي) والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية. مجلة الحجة. العدد01 ، الصفحة 87 .

بوسندة، عباس (2010). الحماية الجنائية للإنجاب البشري. مجلة الراشدية. العدد02 ، الصفحة 80.

تشوار، جيلالي (2006). رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي. مجلة العلوم القانونية والإدارية. العدد 04، الصفحات 57 – 59.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حميدو، زكية (2006). شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 04، الصفحات 90- 91.

مأمون، عبد الكريم (2004). رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام. مجلة العلوم القانونية والإدارية. العدد 02، الصفحات 25 – 29.

قاسم العيد، عبد القادر (2007). التلقيح الاصطناعي: تعريفه – نشأته – وموقف المشرع الجزائري منه. مجلة العلوم القانونية والإدارية. العدد 03، الصفحة 210.

رابعا- البحوث غير المنشورة

أحمد داود رقية : الحماية القانونية للجنين المخبري -دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 206.

البعداني محمد نعمان محمد علي: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاجتهادات الفقهية – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2012، ص – ص 89 – 93.

بن قويدر زبيري: النسب في ظل التطور العلمي والقانوني- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، الجزائر، 2011- 2012، ص 31.

وهيبة مكرولوف: المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة – رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2004 – 2005، ص 79.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com