

اشكالية تحديد النسب في التلقيح الاصطناعي

The issue of determining parentage in artificial insemination



د. فاطمة الزهراء بوقطة¹،

¹ كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر

تاريخ الاستلام: 2021/04/22 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/07 تاريخ النشر: 2021/06/30



ملخص

يعتبر التلقيح الاصطناعي وسيلة بديلة للتلاقي الطبيعي، أباح المشرع اللجوء إليها بمراعاة الشروط التي وضعها لذلك والتي تضمنتها المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

وإذا كانت عملية التلقيح الاصطناعي بمثابة حل لمشكلة عسر الحمل والانجاب، فإنها قد تثير العديد من الاشكالات العملية والقانونية بسبب مخالفة شروطها، من بينها اشكالية تحديد نسب الطفل الذي يولد كنتيجة لاعتمادها، الامر الذي يفرض على المشرع ضرورة التدخل بوضع نصوص قانونية تفصل فيها.

الكلمات المفتاحية: التلقيح الاصطناعي، الزوجين، الطفل، النسب

Abstract :

Artificial insemination is considered as an alternative method of natural recurrence which the legislator has authorized, taking into account the conditions set for this purpose and contained in article 45B of the family code.

If the process of artificial insemination is a solution to the problem of dyspareunia and childbearing, it can raise many practical and legal problems due to the violation of its conditions, among which the problem of determining the parentage of the newborn child following its adoption (child's filiation), imposing on the legislator the need to intervene in the development of legal texts which determine it.

Keywords: Artificial insemination, spouses, child, filiation

مقدمة:

النسب رباط عضوي وفيزيولوجي، يحمل بعدا معنويا يربط الإنسان بذويه وأسرته من أصول وفروع وحواشي، فهو الحاق للولد بوالديه أو أحدهما، وهو علاقة قوية تقوم عليها الأسرة، مبناها عقد الزواج وما يترتب من علاقة جسدية تجمع الرجل بزوجته، يترتب عنها انجاب أبناء ينسبون إليهما.

وقد أشار إليه المشرع في نص المادة 41 من قانون الأسرة¹ بنصه: "يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفقه بالطرق المشروعة"، بمقتضاها أكد على أن ثبوت النسب مرتبط أساسا بثبوت السبب المنشئ له وهو رابطة الزوجية الناتجة عن عقد زواج شرعي وصحيح، لم يتم نفيه بالطرق المشروعة أو ما يعرف باللعان، إلى جانب ميلاد الطفل بين أقصر وأقصى مدة الحمل .

وقد يتعذر أحيانا على الزوجين الانجاب بطريقة طبيعية، أي عن طريق الاتصال الجنسي المباشر لأسباب مختلفة عضوية أو صحية كعقم أحدهما، مما يضطرهما إلى البحث عن وسائل أخرى بديلة لذلك، أفرزها التقدم العلمي والتكنولوجي وفي مقدمتها التلقيح الصناعي أو ما يعرف بطفل الأنابيب.

والتلقيح الاصطناعي عمل طبي، يراد به تلقيح أو اخصاب بويضة الزوجة بماء زوجها أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما، بغير اتصال جنسي طبيعي، وتحت اشراف طبيب مختص، أجازته المشرع اللجوء إليه بموجب نص المادة 45 مكرر/01 من قانون الأسرة².

وإذ كان اثبات النسب قد يطرح عديد اشكالات في حال كون الولد مولود بشكل طبيعي أي عن طريق الاتصال الجسدي المباشر بين الزوجين، فإن نسب الولد المولود بتقنية التلقيح الاصطناعي أثار هو الآخر الكثير من الجدل بالنظر إلى خصوصية الطريقة التي يتم بها والشروط الواجب مراعاتها، وبالنظر إلى البدائل التي قد يلجأ لها الزوجان في سبيل تحقيق حلم الأبوة والأمومة.

فقد يتم إجراء التلقيح رغم انتهاء العلاقة الزوجية بطلاق أو وفاة الزوج، وفي بعض الحالات بوفاته اكلينيكي أو دماغيا، كما قد يحدث أن يعاني أحد الزوجين من عيب مرضي يؤدي إلى عدم امكانية إتمام عملية التلقيح الاصطناعي بينهما، مما يستدعي تدخل الغير باعتباره طرفاً فيها، حتى يمكن إتمامها، سواء بوصفه متبرعا بنطفة مذكورة، أو ببويضة مؤنثة، أو رحم لحمل البويضة، مما يؤدي إلى تعدد أشخاص عملية التلقيح

¹ - قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل ومتمم.

² - تنص المادة 45 مكرر/01 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي".

الاصطناعي الذين يمكن نسبته اليه، وعدم اقتصارها على الزوجين فقط، وما يترتب ذلك من حدوث اختلاط وشك في نسبه.

هذه الحالات، وإن كان بعضها غير مقبول أخلاقيا، وهو ما يفسر تغاضي المشرع عن تنظيمها إلا أن فرضية حدوثها في الواقع ليست مستبعدة، وعادة ما يُجرى الاخصاب فيها بشكل سري أو يتم خارج الوطن، مما قد يؤدي إلى اخفاء النسب الحقيقي للطفل الناتج عنها أو صعوبة تحديده، فضلا عن ما تحدثه من اختلاط للأنساب، قد ينتج عنها ابرام علاقات زواج محرمة مستقبلا.

من هذا المنطلق تبدو إشكالية هذا الموضوع، فرغم أن عملية الاخصاب أو التلقيح الاصطناعي في حد ذاتها مباحة قانونا وشرعا، تحيطها ضوابط وشروط محددة مسبقا، إلا أن مخالفتها يؤدي إلى الوقوع في اشكالات حول تحديد نسب الطفل الناتج عنها، قابلتها آراء فقهية متناقضة حاولت وضع حلول لها، بحيث يجد القاضي نفسه مجبرا على ترجيح إحداها، لاسيما مع غياب نصوص صريحة تفصل في الفرضيات المختلفة التي قد تواجهه في هذا الجانب، وهو ما يدفع للتساؤل حول الحلول التشريعية التي يمكن اعتمادها للفصل فيها، في ظل القصور الملاحظ على نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إذا ما تم استثناء الحل الطبي وهو اللجوء إلى عملية تحليل الجينات الوراثية؟.

الاجابة على هذا الاشكال تستدعي الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي، إلى جانب المنهج الاستقرائي وتقسيم الموضوع إلى مبحثين:

-المبحث الأول: يتناول اشكالية تحديد نسب الطفل في حالة اجراء التلقيح بين الزوجين فقط.

- المبحث الثاني اشكالية تحديد النسب في حال ثبوت مخالفة شروط التلقيح الاصطناعي بإجرائه عن طريق تدخّل الغير.

المبحث الأول

نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين:

يراد بالتلقيح بين الزوجين أن يتم إخصاب بويضة الزوجة بمني زوجها تحت إشراف طبيب مختص، ودون تدخل الغير في هذه العملية، أي دون استئجار رحم أو الاستعانة بأم بديلة أو باعتماد نطاف رجل آخر أو بويضة امرأة أخرى .

وبغض النظر عن كون التلقيح بين الزوجين قد تمّ داخليا أي داخل رحم الزوجة، بأخذ نقطة زوجها وحققها في الموضع المناسب داخل مهبلها أو رحمها حتى تلتقي النقاء طبيعيا وتلقح البويضة التي يفرزها المبيض¹، أو كان خارجيا، من خلال تلقيح البويضة خارج رحم المرأة بحيوان منوي من زوجها وإعادتها إلى جسمها مرة أخرى للتعشيش²، فإنّ نسب المولود الناتج عن مثل هذا التلقيح يطرح اشكالا في فرضيتين: الأولى في حالة ولادته أثناء قيام العلاقة الزوجية (المطلب الأول)، والثانية في حال ثبوت الولادة بعد انتهائها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نسب الطّفل المولود بالتلقيح الاصطناعي بين الزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية

إنّ امكانية نسبة الطّفل الذي تم الحمل به بالتلقيح الاصطناعي أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين، إليهما، يختلف بحسب ما إذا تم ذلك في ظل مراعاة الشروط القانونية المحددة لذلك (الفرع الأول)، أو بشكل مخالف لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اثبات النسب في ظل احترام شروط التلقيح

أجاز المشرّع امكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كوسيلة بديلة للحمل الطبيعي لكنّه قيدها بجملة من الشروط تضمنتها المادّة 45 مكرر من قانون الأسرة، إلى جانب المادّة 371 من قانون الصحة الجزائري الجديد³، التي تنص صراحة على أنه: "تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصرياً، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجاً مرتبطاً قانوناً، يعانين من عقم مؤكد طبياً، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. ولا يمكن اللجوء فيها إلا بحياتن للزوج وببيضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر. يقدم الزوج والزوجة كتابياً، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية".

واستناداً لهما، وحتى يكون التلقيح مشروعاً بين الزوجين، فإنّه يخضع لجملة من الشّروط يمكن إجمالها في:

¹ - صفاء محمود محمد العياصرة، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار عماد الدين، عمان، 2009، ص 261.

² - صفاء محمود محمد العياصرة، نفس المرجع، ص 265.

³ - قانون رقم 11-18، مؤرخ في 2 يوليو، 2018 يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، عدد 46، الصادر بتاريخ 29 يوليو 2018.

أولاً-وجود عقد زواج صحيح أو مشروع

وحتى يكون الزواج كذلك، ينبغي أن يستجمع الأركان والشروط المذكورة في المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة، من أهلية الزوجين للزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام موانع الزواج المؤبدة والمؤقتة. ولا يكفي ذلك بل يجب أن تكون الرابطة الزوجية قائمة حقيقة لا حكما عند إجراء التلقيح باعتباره بديلا للجماع الطبيعي للزوجين¹، ويتم التأكد من قيامها من خلال المطالبة باستظهار الوثيقة المثبتة لذلك، كعقد الزواج أو الدفتر العائلي أو حتى من خلال نسخة من الحكم القضائي القاضي بتسجيله.

وفي هذا الصدد يُطرح التساؤل بشأن امكانية اللجوء إلى الإخصاب الاصطناعي من طرف الزوجين الذي يستوفي عقد زواجهما الأركان والشروط الموضوعية المطلوبة، مع افتقاره للتسجيل في مصلحة الحالة المدنية أي امكانية الاستفادة من التلقيح في حال كون الزواج عرفيا؟

الواقع أن تقصي شرط المادة 18 من قانون الأسرة² يؤدي إلى الاجابة بالنفي، فهذه الاركان لا تكفي، بل ينبغي أن يُعقد الزواج أمام موثق أو ضابط حالة مدنية ليتم تسجيله رسميا وقانونيا، مما يعني عدم جواز اجراء التلقيح الاصطناعي للمتزوجين عرفيا إلا بعد تثبيت عقد الزواج بموجب حكم قضائي.

ثانيا - توافر رضا الزوجين على اجراء التلقيح وأثناء حياتهما

يعتبر اشتراط رضا الزوجين على اجراء التلقيح أمر بديهي بالنظر لكونه عمل طبي، يستدعي رضا المريض على القيام به من جهة، ولكون اقدام الزوجين على هذه العملية يكون نتاج قرار مشترك بينهما من جهة أخرى.

ويلتمس توافر الرضا في هذه الحالة من جانبين أي الزوج والزوجة معا، بأن يكون خاليا من عيوب الارادة المنصوص عليها في القانون المدني³، المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه⁴، فإذا تبين عدم موافقة أحدهما على التلقيح أو كليهما، استحال إجراؤه⁵.

¹ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة نقدية وفقهية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 178.

² - تنص المادة 18 من قانون الأسرة على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون".

³ - أمر رقم 75-56، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معذل ومتمم.

⁴ - والمنصوص عليها في المواد 81 من القانون المدني، الخاصة بالغلط، والمادة 86 منه بشأن التدليس، والمادة 88 المتعلقة بالإكراه.

⁵ - الشحات إبراهيم منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2011، ص 66 وما بعدها.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يبين شكل الموافقة المطلوبة لعمليات الإخصاب الاصطناعي في قانون الأسرة، مما يعني أنه يكفي، طبقا له، حصول الطبيب على الرضا الشفهي من الزوجين فقط.

وبالنظر إلى أهمية الرضا في عملية الإخصاب أو التلقيح الاصطناعي فإن قانون الصحة الجديد، قد تدارك هذا الفراغ القانوني، مشترطا الموافقة الكتابية للزوجين عند الإقدام على هذه العملية، وهو ما نصت عليه المادة 371 منه، كما رتب عقوبات زاجرة لكل من يخالف الشروط المذكورة في هذه المادة¹.

لذا ينبغي أن يتم إفراغ رضا الزوجين في شكل كتابي، للفت انتباههما إلى خطورة العملية التي هما بصدد الإقدام عليها بالاطلاع على محتواها وإدراك نتائجها.

وحتى يكون الرضا معتدا به في هذه العملية ينبغي أن يكون صادرا عن زوجين مؤهلين قانونا لإبرام عقد الزواج ببلوغهما سن أهلية الزواج وقت العقد والمحددة بتسعة عشرة (19) سنة، طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة. غير أنه قد يتوقع أن يتم التلقيح رغم رفض أحد الزوجين له، بحيث يتم التساؤل حول امكانية الطرف الآخر فسخ الرابطة الزوجية في هذه الحالة إذا تم التلقيح غصبا عنه؟

تختلف الاجابة على هذا التساؤل بحسب الطرف الراض للتلقيح وما إذا كان الزوج أو الزوجة.

إذا كان الرفض صادرا عن الزوج، فإن بإمكان الزوجة طلب التّطليق لرفضه اجراء التلقيح، تأسيسا على نص المادة 53 من قانون الأسرة²، لكونه بموقفه هذا يحول دون تحقيق أهم أهداف الزواج وهو ما يلحق بها ضررا معتبرا شرعا.

أما إذا رفضت الزوجة تلقيحها اصطناعيا لعدم قدرتها على ذلك، فإن يفترض أن لا يتم اجبارها على ذلك، بل يمكن للزوج طلب الطلاق أو اعادة الزواج، فإذا تبين العكس بقيامه بحقنها بمنيه بالإكراه، فإن تصرفه ذلك لا يعدّ اغتصابا وإنما يكتف على أنه تعدّ على حرمة جسدها³.

¹ - وذلك في نص المادة 433 من القانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة.

² - تنص المادة 53 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق لأسباب التالية: -....

- العيوب التي تحول دون تحقيق الزواج...

- كل ضرر معتبر شرعا".

³ - العربي بلحاج، الحدود الشرعية والاخلاقية في التجارب الطبية على الإنسان في ظل القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة، 2012، ص 61.

فإذا تم التلقيح فإنه لا يجوز لأي من الزوجين العدول عن رضاه بطلب اجهاض الجنين دون مبرر مشروع، لأن ذلك يعدّ اعتداء على حقه في الحياة، إلى جانب إمكانية التعرض إلى المساءلة الجنائية على ضوء المادة 304 من قانون العقوبات.

وعليه، فإذا تمت عملية الإخصاب الاصطناعي برضا الزوجين وببذورهما التناسلية وكانت الزوجة هي الحاملة لهذه البويضة المخصبة، فإن المولود يثبت نسبه لأبويه.

ثالثا- اتمام التلقيح ببويضة المرأة وماء زوجها:

وهو ما نصّ عليه المشرّع بصريح العبارة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، إذ يجب الحرص على تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها وعدم اختلاطه أو استبداله بمني رجل آخر، وعلى الزوجين أخذ كامل الاحتياطات اللازمة لذلك، من خلال التأكد من أنّ المركز الذي يجري مثل هذه العملية مرخص له قانونا بذلك ولا يجوز لهما برام اتفاق معه على اجراء التلقيح بالاعتماد على مني رجل متبرّع غير الزوج أو ببويضة امرأة أخرى غير الزوجة لاعتبار ذلك مثابة زنا.

والى جانب ذلك، فإنه ينبغي أن يُجرى التلقيح من طبيب مختص يتأكد أولا قبل القيام به من توافر الشروط السابقة، يزاول نشاطه في مركز مختص مرخص له قانونا بإجراء مثل هذه العمليات مع مراعاة أخلاقيات مهنة الطب، وتحت الاشراف المباشر للجنة طبية مختصة.

مع توافر مثل هذه الشروط يثبت نسب المولود لأبويه استنادا للقاعدة الشرعية "الولد للفراش" مادام المعتبر في النسب هو النقاء ماء الزوج والزوجة، كما أنّ اشراف الطبيب المختص على هذه العملية يعدّ بيّنة على صحة نسبه، ويثبت لهذا الطفل جميع الحقوق المقررة للمولود عن طرق الاتصال الجنسي العادي من نفقة وميراث وغيرها من الحقوق.

فإذا ما تم التشكيك في صحة نسبه، كأن يتم الشك في وقوع اختلاط في البويضات أو الحيامن أو وقوع خطأ في البويضة الملقحة في المختبر، فإنه يمكن اللجوء إلى الوسائل العلمية المستحدثة لإثبات النسب طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة بالاستعانة بتحليل البصمة الوراثية للتحقق من النسب.

الفرع الثاني: إشكالية النسب في حالة مخالفة شروط التلقيح

تتحقق هذه المخالفة في فرضيات كثيرة منها عدم رضا الزوج بإجراء التلقيح ورفضه له، وقيام الزوجة بالتواطؤ مع الطبيب بتلقيح نفسها بمنيه¹، في هذه الحالة، يحق له الرجوع على الطبيب بالتعويض إذا استطاع اثبات مسؤوليته، كما يحق له تطليق زوجته دون أن يعتبر متعسفا في ذلك، لمخالفتها رغبته في عدم الانجاب²، غير أنه لا يجوز له شرعا وقانونا انكار نسب الولد، طالما أن الفراش قائم في فرضية أخذ سائله المنوي وإجراء التلقيح دون رضاه، فالطفل من صلبه ولا يمكن قبول دعوى انكار النسب³.

ويختلف الأمر بذلك عن التلقيح الذي يُجرى خفية عن الزوج أي دون علمه ودون رضاه، بإيهامه بأنه تم بمائه، ولكنه تم بمنى رجل آخر أجنبي عن الزوجة، إذ يملك حق انكار نسب الولد ونفيه عنه باعتباره كإبن الزنا، وقت ولادته أو قبل الولادة بوقت قصير، إذا كان حاضرا، حتى تكون الدعوى التي يرفعها لهذا الغرض، أي دعوى الانكار مقبولة، أما إذا كان غائبا، تعين عليه نفي النسب وقت علمه بحقيقة التلقيح.

فإذا لم ينفيه في الوقت المذكور، اعتبر اقرارا منه بأبوة الطفل، وهو ما يؤدي، إلى رفض دعوى الانكار، حتى ولو قام بنفيها لاحقا⁴. وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا، ففي ظل عدم تحديد المادتين 41 و42 من قانون الأسرة أجلا لرفع دعوى انكار النسب، فإن على المدعي رفعها خلال مدة أقصاها ثمانية أيام من رؤية الحمل أو الولادة أو العلم بهما، تحت طائلة عدم قبولها⁵.

المطلب الثاني: نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الرابطة الزوجية

لم يجر المشرع التلقيح في هذه الحالة، مشددا على وجوب أن يتم أثناء قيام العلاقة الزوجية فقط، فلا يجوز إجراؤه بعد وفاة الزوج أو انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الخلع، مادام أن الانجاب الشرعي لا يتم إلا

¹ - قد تحصل الزوجة على مني الزوج بطرق عديدة كان يكون متواجد على مستوى إحدى البنوك أو بأخذ عينة منه لإجراء التحاليل عليها.

² - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين آراء الفقهاء وأقوال العلماء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص101.

³ - محمد مرسي أبو زهرة، الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص44.

⁴ - محمد مرسي أبو زهرة، نفس المرجع، ص 44 وما بعدها.

⁵ - قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 165408، صادر بتاريخ 8 جويلية 1997، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص21؛ نقلا عن: إبراهيم بوهنتالة، "نفي النسب بين اللعان والخبرة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، عدد 13، جويلية 2018، ص384.

في إطار علاقة زوجية قائمة وصحيحة¹، إلا أنّ ذلك لا يعني استبعادها من الناحية العملية، إذ يمكن تصور اتمام التلقيح اصطناعيا بعد انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالطلاق، وذلك بزرع البويضة المخصبة خارجيا بمني الزوج الذي أخذ منه قل وفاته أو طلاقه، بعد وضعهما في مراكز للتجميد، في رحم الزوجة.

فهل يمكن في هذه الحالة نسب الطفل الناتج عن هذه العملية لأبيه الميت أو المطلق؟

تختلف الاجابة عن هذا التساؤل بحسب السبب المؤدي إلى انتهاء العلاقة الزوجية وما إذا كان الطلاق (الفرع الأول) أو الوفاة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نسب الطفل الناتج عن الإخصاب الاصطناعي في حالة الطلاق

يؤدّي الطلاق البائن بكافة أنواعه إلى إنهاء العلاقة الزوجية ولا يفيد حل الاستمتاع أحد الزوجين بالآخر؛ في هذه الحالة فإنّ نسب المولود إلى أبيه هو الذي يكون محل إشكال، لأن الجميع يكاد يتفق أن نسب المولود يكون لأمه، الزوجة صاحبة البويضة والرحم، ورغم ذلك، فإن ثبوت النسب من عدمه يختلف حسب طبيعة الطلاق².

أولاً- في حالة الطلاق الرجعي:

لو تم الإخصاب أثناء العدة من طلاق رجعي، وكان بعلم ورضا الزوجين، فلا إشكال في الأمر، ومن ثم يثبت نسب المولود لأبيه، إذ يعد الإخصاب الاصطناعي رجوعاً ضمناً عن الطلاق، أما لو تم التلقيح أثناء العدة من طلاق رجعي ولم يكن للزوج نية إعادة زوجته ثانية إلى عصمته وقامت بتخصيب نفسها من حيامنه التي أحتفظ بها أثناء العلاقة الزوجية ومن دون رضاه أو علمه، فإنّ النسب لا يثبت للأب المطلق³.

ثانياً- في حالة الطلاق البائن:

إذا تمّ الإخصاب أو التلقيح بعد صيرورة الطلاق بائناً، فإنّه لا يعتد به ولا يثبت به نسب المولود من صاحب الحيامن سواء تم برضا المطلقين أو علمها، لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما وقت الإخصاب، مما يعني أنّ مصدر النطفة لم يعد زوجاً شرعياً للمرأة، ويعامل الطفل في هذه الحالة معاملة ابن الزنا، ويثبت نسبه لأمه

¹ - العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة 2015، ص 281.

² - حيدر حسين كاظم الشمري، "إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة في القانون والشرعية الإسلامية"، مجلة رسالة الحقوق، العدد 02، السنة 02، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2010، ص 135.

³ - حيدر حسين كاظم الشمري، نفس المرجع، ص 137.

نتيجة وضعها له، ولا ينسب لصاحب النطفة لانقطاع العلاقة الزوجية بينه وبين الأم، مما يفقده حقه في النسب لأبيه البيولوجي¹.

أما من الناحية القانونية، فإن المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، والفقرة الأولى من المادة 371 من قانون الصحة الجديد، لم تبيا استخدام حيامن الزوج في تلقيح زوجته بعد انفصال الرابطة الزوجية بينهما، بالفسخ أو بالطلاق، لما يترتب على ذلك من اشكالات قانونية ومشاكل اجتماعية، إذ أن الإنجاب الشرعي لا يتم إلا في إطار علاقة زوجية صحيحة وقائمة حقيقة، وفقا لأحكام قانون الأسرة المنصوص عليها في المادة 40 وما بعدها.

الفرع الثاني: نسب الطفل في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بوفاة الزوج

يطرح التلقيح الاصطناعي إشكالية استخدام حيامن الزوج بعد وفاته، من طرف زوجته في تلقيح نفسها بعد تجميدها في بنك مختص بذلك، باعتبار أن تجميد البذور التناسلية البشرية لا يؤثر على سلامتها، إذ تبقى صالحة للإخصاب.

إذ نميز في هذا الصدد بشأن ثبوت نسب المولود بهذه الطريقة بين فرضيتين، بحسب ما إذا كانت الوفاة كاملة بتوقف أجهزته الحيوية عن العمل، أو دماغية فقط.

أولا- التلقيح بعد تمام وفاة الأب:

ونميز في هذا الفرض بين حالتين، إجراء التلقيح أثناء العدة أو بعد انتهائها.

الحالة الأولى - إجراء التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة و أثناء فترة العدة

في هذه الحالة تقوم الزوجة المعتدة بتلقيح نفسها خلال مدة العدة الشرعية، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام حيث ذهب قليل من الفقهاء إلى الاعتراف بجواز هذه العملية، فهي وإن كانت غير مستحسنة شرعا، فإنها مباحة ويثبت نسب الولد لأبيه، لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة وثابت أن الحيامن منه.

إلا أن الأغلبية منهم ترى بعدم جوازها لأن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة، وبالتالي فإن التلقيح يعتبر قد تم بنطفة من غير الزوج، فهي نطفة محرمة. وهو الرأي المعتد به شرعا، إذ أن ثبوت النسب يتطلب شرطا أساسيا هو قيام الزوجية الصحيحة، ولما كانت حياة الزوج قد انتهت - ولو بقيت حيامنه موجودة وحية باعتماد تقنية

¹ - أحمد محمد لطفي أحمد، مرجع سابق، ص 210.

الحفظ بالتجميد- فإن الإخصاب في هذه الحالة غير جائز شرعاً، ولا يثبت به النسب من جهة الأب البيولوجي ولأن في ذلك إضراراً بالورثة وإدخال وارث جديد عليهم¹.

الحالة الثانية- إجراء التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج وانتهاء فترة العدة

لم يختلف الفقهاء في هذا النوع من الإخصاب وأجمعوا على تحريمه، ذلك أن الحياة الزوجية تنتهي بعد انتهاء العدة، وتصبح الزوجة في حكم الأجنبية عن زوجها المتوفى، ويصبح كل منهما أجنبياً عن الآخر، ويمكنها أن تتزوج من أي شخص آخر، ففي هذه الحالة يحرم التلقيح، لأنه يكون بنطفة رجل أجنبي²، وبالتالي فإن الولد يلحق بأمه إن ولد بهذه الطريقة، ويعتبر بمثابة ابن زنا ولا يمكن إلحاق نسبه بأبيه المتوفى لانقطاع العلاقة الزوجية بينه وبين أمه³.

وقد أيد المشرع الجزائري هذا الرأي في نص المادة 02/45 من قانون الأسرة، والفقرة الأولى من المادة 371 من قانون الصحة، كما أن التلقيح الذي يتم بهذا الشكل يتعارض مع أحكام الميراث، ومع نص المادة 128 من قانون الأسرة التي نصت على أنه:

"يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة".

والملاحظ أن هذه المادة تنطوي على خطأ في الصياغة، فالأصح أن يكون الوارث حياً وقت وفاة المورث، إذ أنه من البديهي أن يكون الوارث حياً وقت افتتاح التركة حتى يكون من ذوي الحقوق فيها، وهو خطأ ينبغي على المشرع الانتباه له والتعجيل بتصحيحه.

ثانياً- إجراء التلقيح الاصطناعي للزوجة بحيامن زوجها المتوفى دماغياً:

يتفق الفقه على أن المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي بحيامن الزوج المتوفى دماغياً ينسب إليه، ويكون هو الأب الحقيقي والشرعي له، وبالتالي يلحق نسبه به، لأن الشبهة الواقعة هنا لا تكمن في مدى صحة عقد الزواج أو ثبوت الفراش، باعتبار الأم لازالت زوجته، بل الشبهة واقعة في مدى تحقق وفاة الزوج من عدمها، لأن غاية الشرع تكون في حفظ مصلحة الولد وإحياءه، وبالتالي ثبوت النسب للولد

¹- أحمد محمد لطفي أحمد، نفس المرجع، نفس الموضع.

²- سعد بن عبد العزيز الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب)، دار الكنوز، الرياض، 2009، ص 162.

³- سعيد سحارة، أحكام الإخصاب الصناعي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية، 2019-2020، ص 340.

لأبيه¹، وإذا ثبت النسب للولد من أبيه ، فإنه تثبت له باقي الحقوق الأخرى التابعة كالحق في الإرث والهبات وغيرها².

أما المشرع الجزائري فقد منع صراحة اجراء التلقيح بعد الوفاة في الفقرة 2 من المادة 45 مكرر سالفه الذكر فلا يكون التلقيح صحيحا بموجبها إلا أثناء حياة الزوجين وبموافقتها، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 371 من قانون الصحة، التي جعلت من شروط صحة العملية أن يكون الزوجان مرتبطان قانونا وعلى قيد الحياة، مع ثبوت موافقتهم ورضاهما الصريح على اجرائها.

المبحث الثاني

نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي بتدخل من الغير

قد تتطلب بعض عمليات التلقيح الاصطناعي، ولأسباب صحية، الاستعانة بطرف أجنبي عن العلاقة الزوجية من أجل اتمامها بشكل ناجح، سواء كان هذا الطرف رجلا أجنبيا عن الزوجة أو امرأة أخرى غيرها. ويأخذ تدخل الغير صورتين، إما التبرع بالبذور التناسلية أي الحيوانات المنوية أو البويضات، بحيث يتم تلقيح الزوجة بمنى رجل آخر غير زوجها لعقمه أو مرضه، أو تلقيح الزوج لبويضة امرأة أخرى غير زوجته، أو عن طريق استئجار رحم امرأة أخرى لاستقبال البويضة الملقحة وزرعها فيه أو ما يعرف بالأم البديلة. وبغض النظر عن حكم هذا التلقيح وكونه محرّم شرعا وقانونا، ومخالف للنظام العام والآداب العامة بوصفه زنا، إلا أن له انعكاس سلبي في تحديد نسب الطفل الذي يرى النور نتيجة الاخصاب بهذه الطريقة، وهو ما فتح الباب لنقاش حاد حول حقيقة نسبه في حال التخصيب باستعمال البذور التناسلية الذكرية للغير (المطلب الأول)، مقارنة بفصل الفقهاء في نسبه في حالة الاستعانة بالأم البديلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد النسب في حالة التلقيح بنطفة الغير

تتحقق هذه الصورة عندما تكون الحيوانات المنوية المستعملة في التلقيح لرجل متبرع بها غير الزوج، والبويضة للزوجة، ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في حال كون الزوج يعاني من العقم الذي يمنعه نهائيا من الانجاب³، وقد يكشف هذا المتبرع عن هويته لكلا الزوجين أو أحدهما، وقد يبقى مجهولا.

¹ - أحمد محمد لطفي أحمد، مرجع سابق، ص 308.

² - سعيد سحارة، مرجع سابق، ص 342.

³ - سعيد سحارة، مرجع سابق، ص 332.

وقد أجمع الفقهاء على تحريم التلقيح الذي يتم بهذه الصفة أي من خلال ادخال مني رجل غريب عن الأم وملاقاته ببويضتها لتلقيحها، إذ يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

والولد في هذه الحالة تربطه رابطة النسب بأمه فقط دون الزوج، الذي يعتبر مجرد أب اجتماعي، وقد يكتفي هذا الأخير بإعطائه اسمه فقط، باعتبار أن صاحب الحيامن أو الاب الطبيعي لا تربطه علاقة زواج شرعية بالأم، وقد تم التمييز بشأن تحديد نسب الطفل في هذا الفرض، بحسب وضعية الأم وما إذا كانت متزوجة (الفرع الأول) أم لا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نسب المولود الناتج عن التلقيح بنطفة الغير في حال كون المرأة غير المتزوجة

في هذه الحالة يتم تخصيص بويضة امرأة غير متزوجة بحيامن رجل أجنبي عنها لا تجمعها بها رابطة زوجية، يعد هذا الفعل أمر محرم شرعا ويعد بمثابة زنا، لذا فالولد في هذه الحالة يعتبر ابن زنا، يتم نسبته إلى أمه، باعتبار البويضة التي تم تخصيبها هي بويضتها وهي التي ولدته، إذن فهي أم للطفل من الناحيتين البيولوجية والحملية ومن ثم ينسب إليها حقيقة، ويسمى باسمها ولا يسمى باسم صاحب الحيامن؛ لانعدام علاقة زواج بينهما ولو كان هذا الأخير فاسدا لأي سبب كان؛ فنسب الابن يلحق بأبيه بالزواج ولو كان هذا الأخير فاسدا؛ وهو ما لا يتحقق في هذه الحالة؛ أمّا الزنا فلا يعتد به كسبب لذلك¹.

الفرع الثاني: نسب الطفل إذا كانت المرأة متزوجة

أقر الفقهاء في هذه الفرضية بثبوت نسب الطفل للزوج باعتباره صاحب الفراش، ما لم ينفه بالطرق المشروعة بما في ذلك اللعان، أو اثبات عدم قدرته على الإنجاب².

فإذا اكتفى بإقرار نسبه إليه رغم علمه بكونه ليس من صلبه، رغم وصف الفقهاء لفعله هذا بالإثم المعاقب عليه شرعا، لاعتبارات اجتماعية أو للتستر على زوجته، أو نتيجة لجهله فعلا بحقيقة التلقيح الذي أجرته هذه الأخيرة، فإنّ الطفل يُنسب إليه واعتبر ابنا له حاملا لاسمه، استنادا لقريضة الفراش.

إلا أنّ قريضة الولد للفراش ليست بالقريضة القطعية التي لا تقبل اثبات عكسها، فيمكنه انكار نسبه لاحقا، بكلّ الوسائل المتاحة، إذا اكتشف حقيقة التلقيح، كما يمكن للورثة، وحفاظا على حقوقهم في التركة، ضحدها وانكار نسب هذا الطفل إلى مورثهم، برفع دعوى انكار نسب لهذا الغرض³.

¹ - نفس المرجع، ص 333.

² - محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفايس، عمان، 1999، ص 91.

³ - محمد مرسي أبو زهرة، مرجع سابق، ص 346 وما بعدها.

أما المشرّع الجزائري، فلم يتناول بالتّظيم فرضية نسب المولود الملقّح بنطفة من الغير، ولم يحدد موقفه بشكل صريح بشأنها، وامكانية اجرائها من عدمه، إلّا أنّ نصّ المادّة 45 مكرر من قانون الأسرة يوحي بأنّ إرادته اتجهت إلى عدم جواز التّلقيح بهذه الكيفية، بالنّظر إلى تحديدها الواضح لشروط التّلقيح الاصطناعي وضرورة أن يتم بمني الزوج وبويضة زوجته دون سواهما.

من جانب آخر فإنّ مثل هذا التّلقيح يؤدّي إلى التعارض مع الغاية من الزواج وهي حفظ الانساب وعدم اختلاطها، كما أنّه فعل شبيه بالزّنا، الذي يعدّ محرّما قانونا وشرعا.

والملاحظ كذلك، أنّ المشرّع الجزائري لم يجرّم هذه الطريقة في التّلقيح الاصطناعي، بوضع عقوبات لمن يُقدّم على اعتمادها أو المساهمة فيها، سواء الزّوجين أو الطّاقم الطبي المشرف عليها، رغم تعارضها مع النّظام العام والآداب العامة التي ينبغي أن تسود المجتمع، ولا يمكن تفسير ذلك بإباحته لها، وإنّما لعدم وجود تطبيقات عملية لها، أو لنقل على الأقل عدم الكشف عنها في حالة وجودها، وهي ثغرة يجب عليه تداركها سواء في قانون الأسرة ذاته أو في قانون الصحة، أو حتى على مستوى قانون العقوبات.

المطلب الثاني: نسب الطفل في حالة الاستعانة بالأمّ البديلة

يتم الاستعانة بامرأة أخرى غير الزّوجة في حالة تعذر استقبال رحم هذه الأخيرة للجنين بعد تلقيح البذور التناسلية، لاعتبارات صحية في الغالب، إمّا لعدم القدرة على الحمل، أو لوجود خلل في المبيض يؤدّي إلى عدم قدرته على انتاج بويضات سليمة تقبل التّلقيح بماء الزّوج، بحيث تتطوّر امرأة أخرى لحمل البويضة الملقحة في رحمها طوال فترة الحمل.

ويعدّ التّلقيح الاصطناعي بتدخّل الأمّ البديلة من صور التّلقيح الخارجي، يأخذ صورتان (الفرع الأوّل) أثارت كلا منهما جدلا حول تحديد النّسب من جهة الأمّ (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: صور الاستعانة بالأمّ البديلة:

يعرف الاستعانة بالأمّ البديلة في التّلقيح باستئجار الرّحم، إذ يكون رحم الزّوجة الأولى غير قادر على استقبال الجنين وحمله لدواعي صحية، إلّا أنّه قادر على افراز البويضات بشكل سليم ودوري.

في هذه الحالة تتبرع امرأة أخرى للقيام باستقبال البويضة الملقحة بين الزوجين وزرعها في رحمها إمّا بمقابل أو دون ذلك، على أن تلتزم بتسليم المولود بعد ولادته لصاحبة البويضة الأصلية الملقحة.

ويتم زراعة البذرة التناسلية الأنثوية بصورتين¹:

-غرس البويضة المخصبة بين الزوجين في رحم امرأة أجنبية متبرعة، بحيث يتم أخذ البذرتان الذكرية والانثوية للزوج والزوجة وتلقيحهما خارجيا في أنبوب اختبار أو طبق، ثم إعادة زرعهما في رحم المرأة المذكورة دون أن تكون زوجة ثانية.

-أن يكون للزوج زوجتان، بحيث تكون الزوجة الأولى تعاني من مشاكل صحية في الرحم، يتعدّر معها حمل الجنين، فيتم زراعة بويضة هذه الأخيرة بعد تلقيحها خارجيا بمني زوجها، في رحم زوجته الثانية. وبغض النظر عن وضوح موقف المشرع من هذه الفرضية في التلقيح، وعدم اجازته لها بشكل صريح، فإنّ النقاش بين الفقه كان محتدما بشأنها، ما بين مجيز ومعارض لها، حسب صورة التأجير المعتمدة.

الفرع الثاني: تحديد نسب الطفل في حالة اللجوء إلى تأجير الرحم (الأم البديلة)

أثارت فرضية الاستعانة بالأم البديلة لإجراء التلقيح الاصطناعي جدلا فقهيا كبيرا، بشأن مدى جوازها وبشأن تحديد نسب الابن الناتج عن هذا التلقيح من جهة الأم، فإذا كان من الثابت أنّ نسبه لأبيه لا يطرح اشكالا، إلا أنّ العكس بالنسبة للأم التي يُنسب إليها هل الأم صاحبة البويضة الملقحة، أم تلك التي حملته في أحشائها مدة الحمل؟

اختلف الفقهاء في الاجابة على هذه الاشكالية، فمنهم من يرى بأنّ الأم الحقيقة التي يُنسب إليها هي صاحبة البويضة، وليست من قامت بحمله²، إذ أنّه يستمدّ منها صفاته الوراثية، وتبقى هذه الصفات ثابتة في البويضة حتى ولو غرست رحم امرأة اخرى، في حين يقتصر دور الأم المتبرعة على امداد الجنين بالغذاء والاكسجين طوال فترة الحمل، دون التأثير في هذه الصفات والخصائص الوراثية، إذ تبقى البويضة المخصبة حاملة لها حتى ولو نقلت من رحم إلى آخر³.

وبالتالي فإنّ صاحبة الرّحم تشبه الأم المرضعة، فهي ليست سوى حاضنة للبويضة التي تحمل الجنين وصفاته الوراثية تتحدد بالبويضة والحيوان المنوي فقط، وقياسا على الرّضيع الذي لا يُنسب إلى مرضعته، فإنّ الجنين هنا لا يُنسب كذلك إلى حاضنته⁴، ويُطبّق عليهما نفس الحكم.

¹ - سعد بن عبد العزيز الشويرخ، مرجع سابق، ص353.

² - صفاء محمود محمد العياصرة، مرجع سابق، ص304.

³ - شوقي زكريا الصالحي، الآثار المترتبة على عملية التلقيح الصناعي، دار العلم والإيمان ، القاهرة، 2007، ص65.

⁴ - صفاء محمود محمد العياصرة، مرجع سابق، ص304.

وقد اتخذ بعض الفقهاء موقفا مغايرا معتبرين أنّ المرأة صاحبة الرحم هي الأم الحقيقية في حين أنّ صاحبة البويضة تبقى مجرد أمّ حكمية، وذلك اعتمادا على دور كل منهما.

إذ يقتصر دور صاحبة البويضة على منح البويضة المخصّبة، في حين تتحمل الأمّ البديلة مشاق الحمل والولادة التي تحمل معاني الصبر والعطاء، وتعتبر جوهر الأمومة، مما يؤهلها لأنّ تحمل وصف الأمّ بجدارة¹ والقول بغير ذلك ينطوي على افساد لمعنى الأمومة².

كما أنّ البويضة المخصّبة لا تكفي لأنّ تشكّل كائنا حيا، بل ينبغي أن تتحصّل على الغذاء والاكسجين وهو ما توفّره صاحبة الرحم، مما يجعلها بحقّ أما حقيقة، فلا يمكن تجاهل دورها الكبير في منحه الحياة مما ينبغي معه منحه نسبها³.

إنّ التّرجيح بين الرأيين ليس بالأمر الهين بالنّظر إلى حساسية مسألة النّسب في هذه الفرضية، فكلّ الفريقين لديه حججه المقبولة، فلا يمكن إغفال دور صاحبة الرحم في تكوين الجنين، حملة ووضعه، كما لا يمكن تجاهل دور صاحبة البويضة، في منحه الحياة، على اعتبار أنّه ينشأ من جراء اخصاب بويضتها بنطفة زوجها، ورغم ذلك لا يمكن نسب المولود إليهما معا، ولا يمكن اعتباره مجهول النّسب من جهة الأمّ، بل ينبغي الفصل في ذلك .

والراجح أنّ الأمّ الحقيقية هي صاحبة البويضة وإليها يُنسب المولود، وذلك للاعتبارات التالية:

- أنّ جميع الصفات الوراثية تنتقل إليه بواسطة البويضة فقط⁴، ولا تنتقل من خلال الرحم الذي يقتصر دوره على حضانة الجنين وتقديم الغذاء وحمايته.

- أنّ الاستدلال بالنّصوص التي تقضي بأنّ الأمّ هي التي ولدت، لا ينهض حجة للتدليل على أنّ الأمّ هي التي حملت؛ لأنّ الأمّ الحقيقية في الإسلام وفي جميع الديانات، هي صاحبة الحمل والوضع، وهي نفسها صاحبة البويضة والجينات الوراثية، وهذا ما دلت عليه النصوص وقت التنزيل، فيجب أن يرتبط الجنين بأمّه بصلتين هما صلة تكوين ووراثة وأصلها البويضة، وصلة حمل وحضانة وولادة وأصلها الرحم، وهذا هو المعنى الكامل للأمومة المذكور في القرآن الكريم⁵، ولولا البويضة لما ولد الجنين.

¹ - الشحات إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 109.

² - محمد مرسي أبو زهرة، مرجع سابق، ص 367.

³ - صفاء محمود محمد العياصرة، مرجع سابق، ص 176.

⁴ - شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص 65.

⁵ - سعيد سحارة، مرجع سابق، ص 346-347.

وبغض النظر عن كل ذلك، فإنّ اللجوء إلى الطّرق العلمية من أجل إثبات النسب بالاعتماد على البصمة الوراثية ستكون نتيجته لصالح صاحبة البويضة، مما يجعلها أمًا حقيقية.

وبناء على ذلك، فإن نسب المولود بطريق تأجير الارحام يثبت لصاحبة البويضة للاعتبارات السابقة ويثبت لها جميع أحكام الميراث والنفقة والحضانة وغيرها من الآثار المترتبة على ذلك، وأما صاحبة الرحم فهي أم حكمية لا يثبت لها النسب وإنما يثبت لها حكم الرضاع.

أمّا المشرّع فقد تبني موقفا صريحا من التخصيص الذي يتم بهذه الطريقة، في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، مكتفيا بالنص على عدم جواز اللجوء إليه، دون الالتفات لإشكالية نسب الطّفل الذي يولد بهذه التقنية، وكأنّه يفترض مسبقا استحالة وقوع هذا الاشكال وطرحه على القاضي، الذي يجد نفسه مضطرا للفصل فيه بكلّ الوسائل.

يضاف إلى ذلك، فإنّ بعض الفقه ينتقد الصياغة المعتمدة في نص المادة المذكورة من خلال نص المشرّع على عدم جواز اللجوء إلى الإخصاب الصّناعي باعتماد الأمّ البديلة، مشددين على ضرورة اعادة صياغتها باعتماد صيغة المنع بدلا من الصياغة الحالية¹، كأن ينص صراحة على أنه: **"يمنع /أو لا يجب اجراء/ التلقيح باعتماد الأمّ البديلة"**، بشكل يوحي بأنّها فعلا قاعدة أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفة مقتضاها. إلى جانب ذلك، يلاحظ بأنّ المشرّع لم يتبنى أية عقوبة يتمّ توقيعها على المخالفين للمادة المذكورة، وثبوت اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بالاستعانة بأمّ بديلة تؤجّر رحمها لهذا الغرض، وهو ما ينبغي عليه تداركه لاحقا، سواء كان المخالف الزوجين أو الفريق الطبي المشرف على التلقيح أو حتى المتبرعة برحمها لحمل الجنين.

¹ - نفس المرجع، ص 366.

الخاتمة:

يعدّ التلقيح الاصطناعي تقنية طبية جديدة لعلاج العقم ومساعدة الزوجين على تحقيق حلم الأبوة والأمومة ورغم إجازة المشرّع له على مستوى قانون الأسرة وقانون الصحة، وتحديد جملة من الضوابط والقيود القانونية الواجب مراعاتها عند اللجوء إليه، إلاّ أنّه قد يثير اشكالات عديدة حتى في ظلّ مراعاتها، تتعلّق أساسا بتحديد نسب الطّفل الذي يولد نتيجة لاعتماد التلقيح أو الإخصاب الاصطناعي، والتي سكت المشرّع عن الفصل فيها بنصوص قانونية واضحة، يمكن اعتمادها من طرف القضاة بمناسبة القضايا المرفوعة إليهم في هذا الجانب، وهو ما يمكن ملاحظته من عدّة مستويات:

- اكتفاء المشرّع بشكل مجمل، بإمكانية التلقيح بين الزوجين حال حياتهما بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما، دون اشارة إلى امكانية وقوع شك في تحديد نسب الطّفل نتيجة الاختلاط في البذور التناسلية مثلا، وتحديد الطرق العلمية التي يمكن للقاضي اللجوء إليها لدرد الشكوك.

-التغاضي عن تحديد الحالات التي يُجرى فيها التلقيح دون مراعاة شروطه المحدّدة في نص المادّة 45 مكرر من قانون الأسرة، كالتلقيح في حالة الطلاق بأنواعه المختلفة، والتلقيح الاصطناعي عند الوفاة، سواء كان أثناء العدّة أو بعد انتهائها، إلى جانب التلقيح الذي يجري بمني زوج متوفى دماغيا، وهي حالات تثير الكثير من الاشكالات بشأن تحديد نسب المولود الذي قد ينتج عنها.

- الاكتفاء بمنع اللجوء إلى التلقيح عن طريق تأجير الرّحم أو ما يعرف بالأم البديلة، دون النصّ على بقية حالات التلقيح بتدخل الغير سواء بمني رجل آخر غير الزوج أو ببويضة متبرعة غير الزوجة، رغم ما تمثّله من خرق صريح لمبادئ الشريعة الإسلامية ومخالفة للنظام العام والآداب العامة، ينتج عنها لاحقا مشاكل عديدة منها ما يتعلق بمسألة إثبات نسب المولود الناتج عن هذه العملية، باعتبار أن الإخصاب الاصطناعي بحيامن أو بويضة الغير شبيه بالزنا، ويؤدي إلى اختلاط الأنساب.

- تغاضي المشرّع عن وضع عقوبات تطبق على الاشخاص المشاركين في عمليات التلقيح إمّا بوصفهم مستفيدين منها أو مشرفين عليها، التي تتم مخالفة لشروطها المنصوص عليها في المادّة 45 مكرر من قانون الأسرة.

وتفاديا لهذه الثغرات والنقائص ، فإنّه ينبغي على المشرّع مواكبة التطورات الحاصلة في مجال التلقيح و تحديد النسب التي عرفها الطب منذ تاريخ تعديله لقانون الاسرة سنة 2005 إلى غاية وقتنا الحالي، بنصوص قانونية واضحة، لا تقبل التّأويل ولا التّفسير، يمكن للقاضي الرجوع إليها، تغنيه البحث في الآراء الفقهية

المتناقضة التي تقاذفت هذه المسألة، إذا عرض عليه نزاع بشأن تحديد نسب الطفل، إذ لا يعقل أن يبقى هذا الأخير مجهول النسب، وذلك من خلال:

- النص صراحة على عدم جواز إجراء التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء الرابطة الزوجية بوفاة أو طلاق.
- إعادة صياغة نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة حتى يتناسب مع المادة 42 منه التي تتعلق بمدة الحمل والتي تجعل أقصى مدة له هي 10 أشهر وهو أمر مستبعد في التلقيح الاصطناعي الذي قد يستغرق فيه الحمل مدة أطول وهو أمر مثبت علميا وعمليا.
- إعادة صياغة نص المادة 41 من قانون الأسرة التي أوقفت ثبوت النسب الشرعي "بإمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين فقط"، دون أن تأخذ في الحسبان إمكانية أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي الطبيعي والمباشر، وذلك عن طريق الإخصاب الاصطناعي، كما هو مقرر في المادة 45 مكرر، وضرورة إضافة التلقيح الاصطناعي كسبب لثبوت النسب، مما يضمن الانسجام بين المادتين.
- تفصيل فرضيات نسب الطفل بشأن كل حالة تلقيح على حدة حتى ولو كانت غير جائزة قانونا، حتى يتمكن القضاة من الفصل في الدعاوى المعروضة عليهم في هذا الجانب.
- وضع عقوبات في حالة مخالفة شروط التلقيح والتي ينجر عنها وقوع اشكال بشأن تحديد نسب الطفل سواء في قانون الأسرة ، قانون الصحة أو قانون العقوبات.
- تعديل نص المادة 128 من قانون الأسرة، وإعادة صياغتها، باشتراط أن يكون الوارث حيا وقت وفاة المورث وليس وقت افتتاح التركة.

قائمة المراجع والمصادر:

• الكتب:

- 1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التّعديلات، دراسة نقدية وفقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 2- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين آراء الفقهاء وأقوال العلماء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.
- 3- الشحات إبراهيم منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2011.
- 4- العربي بلحاج، الحدود الشرعية والاخلاقية في التجارب الطبية على الإنسان في ظل القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة ، 2012.
- 5- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة 2015.
- 6- سعد بن عبد العزيز الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي (أطفال الأنابيب)، دار الكنوز ، الرياض، 2009.
- 7- صفاء محمود محمد العياصرة، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، دار عماد الدين، عمان، 2009.
- 8- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، 1999.
- 9- محمد مرسي أبو زهرة، الإنجاب الصناعي وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 10- شوقي زكريا الصالحي، الآثار المترتبة على عملية التلقيح الصناعي، دار العلم والإيمان ، القاهرة، 2007.

• الرسالة الجامعية:

- سعيد سحارة، أحكام الاخصاب الصناعي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية، 2019-2020

• المقال العلمي:

- حيدر حسين كاظم الشمري، "إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي – دراسة مقارنة في القانون والشرعية الإسلامية"، مجلة رسالة الحقوق، العدد 02، السنة 02، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2010، ص135.

• النصوص القانونية:

- 1- أمر رقم 56-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.
- 2- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل ومتمم.
- 3- قانون رقم 11-18، مؤرخ في 2 يوليو، 2018 يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، عدد 46، الصادر بتاريخ 29 يوليو 2018.