كلية الحقوق جامعة الفيوم -مراجع قانونية

الإجهاض الصناعي

أحكامه القانونية وحدوده الشرعية

دراسة مقارنة



تأليف
الدكتور محمد المرسي زهرة
الأستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة عين شمس

الكويت
١٩٩٢ - ١٩٩٣

كلية الحقوق جامعة الفيوم -مراجع قانونية

الصفحة الرسمية

Facebook: https://www.facebook.com/fayoumlaw2020



كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية



الانحياز الصناعي

أحكامه القانونية وحدوده الشرعية

دراسة مقارنة

تأليف

الدكتور محمد المرسي زهرة

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

الكويت

١٩٩٢-١٩٩٣

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

«محتوى الكتاب»

مقدمة ١١

القسم الأول

«وسائل الإنجاب الصناعي»

الباب الأول: التلقيح الداخلي ١٩
الفصل الأول: بين الزوجين ٢٣
المبحث الأول: حكم التلقيح الداخلي بين الزوجين من الناحية الشرعية ٢٥
أولاً: التعارض مع المشيئة الإلهية ٢٦
ثانياً: من حيث وسيلة إيصال «ماء» الرجل إلى رحم زوجته ٢٨
ثالثاً: مدى جواز الإطلاع على عورة المرأة ٣١
المبحث الثاني: شروط التلقيح الداخلي بين الزوجين ٣٧
أولاً: أن يكون بين الزوجين ٣٧
ثانياً: رضاء الزوجين ٣٩
ثالثاً: التلقيح خلال الحياة الزوجية ٤٦
رابعاً: أن يكون هدف التلقيح مكافحة عقم الزوجية ٤٩
خامساً: هو الوسيلة الوحيدة الممكنة للإنجاب ٥١
الفصل الثاني: تدخل الغير ٥٥
المبحث الأول: حكم تدخل الغير في الإنجاب من الناحيتين
الشرعية والأخلاقية ٥٦

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني: حكم التبرع بالنطفة من الناحية القانونية ٦٠
أولاً: الطبيعة القانونية لإعطاء النطفة ٦٠
ثانياً: حقوق أو سلطان المعطى على عطية ٦٤
ثالثاً: مدى صحة التبرع بالنطفة ٦٦
الباب الثاني: الإخصاب في أنبوب ٧١
الفصل الأول: تعريفها وتطورها ٧٥
الفصل الثاني: حكم الإخصاب في أنبوب شرعاً وقانوناً ٧٩
المبحث الأول: من الناحية الشرعية ٨٠
المبحث الثاني: من الناحية القانونية ٩٠
المطلب الأول: التعويض عن إعدام البويضات الملقحة ٩١
المطلب الثاني: الوضع القانوني والشرعي للبويضات الملقحة ٩٦
الفرع الأول: وضع المشكلة ٩٦
الفرع الثاني: طبيعة البويضات المقلحة ٩٩
الفرع الثالث: مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة ١٠٣
الغصن الأول: صاحب القرار ١٠٣
الغصن الثاني: الاستعمالات المحتملة للبويضات الملقحة «الزائدة» ١٠٧
أولاً: التجميد ١٠٨
ثانياً: التجارب والأبحاث ١١٨
ثالثاً: نظرة تحقيقية ١٣٣
١ ـ معيار مشروعية الأبحاث والتجارب ١٣٣
٢ ـ عقد إجراء التجارب ١٣٦
رابعاً: نقل البويضة الملقحة ١٤٣
خامساً: إتلاف البويضات الملقحة ١٤٨
الباب الثالث: الحمل لحساب الغير ١٥٣
الفصل الأول: تعريف الحمل لحساب الغير ١٥٧
الفصل الثاني: مشروعية الحمل لحساب الغير ١٦٣
المبحث الأول: من الناحية الشرعية ١٦٥
المبحث الثاني: من الناحية القانونية ١٧٤

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

أولاً: هل هو عقد ١٧٤
ثانياً: طبيعة العقد ١٧٦
ثالثاً: مدى صحة هذا العقد ١٨١

القسم الثاني

«أحكام الإنجاب الصناعي»

الباب الأول: الإنجاب الصناعي حق أم رغبة؟ ١٨٧
الفصل الأول: هل الإنجاب الصناعي حق؟ ١٩١
المبحث الأول: الحريات المتنازعة ١٩٦
المطلب الأول: مدى التزام الطبيب بإجراء عملية التقليح ١٩٧
المطلب الثاني: مدى التزام الغير قبل المصاب بالعقم ٢٠٠
المبحث الثاني: تنظيم الرغبة في الإنجاب ٢٠٢
المطلب الأول: ماهية ومحتوى شروط الإنجاب الصناعي ٢٠٣
الفرع الأول: المستفيدون من الإنجاب الصناعي ٢٠٣
الفرع الثاني: هدف الإنجاب الصناعي ٢١٤
المطلب الثاني: جزاء مخالفة الشروط ٢٢٠
الفرع الأول: الجزاء المدني ٢٢١
الغصن الأول: التعويض ٢٢١
أولاً: وضع المشكلة ٢٢٢
ثانياً: حق الأطراف في المطالبة بالتعويض ٢٢٣
١ ـ حق المولود ٢٢٣
٢ ـ حق الأم ٢٣٥
ثالثاً: مسؤولية الأطراف ٢٤٠
١ ـ مسؤولية الطبيب ٢٤٠
٢ ـ مسؤولية المتبرع بالنطفة ٢٤٨
الغصن الثاني: البطلان ٢٥٠
أولاً: أعمال التصرف التي يمكن أن ترد على جسم الإنسان ٢٥٣
١ ـ طبيعة سلطات الإنسان على الجسم ٢٥٣
١ ـ الرأي الأول ٢٥٥

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

٢ ـ الرأي الثاني ٢٥٦
٣ ـ نظرة تحقيقية ٢٥٧
٢ ـ ضوابط تصرف الإنسان في أعضاء جسده ٢٦١
ـ الأعمال المادية ٢٦١
ـ التصرفات القانونية ٢٦١
١ ـ محل التصرف ٢٦٢
أ ـ الأعضاء غير المتجددة ٢٦٣
ب ـ الأعضاء المتجددة ٢٦٦
ج ـ بقايا الجسم الإنساني ٢٦٦
٢ ـ شروط التصرف ٢٦٧
٣ ـ حكم التصرف في السائل المنوي وما في حكمه ٢٧٣
ثانياً: وضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير ٢٧٩
١ ـ حكم الحمل لحساب الغير ٢٨٠
أ ـ عدم مشروعية المحل ٢٨١
ب ـ عدم مشروعية السبب ٢٨٤
٢ ـ آثار البطلان ٢٨٥
أ ـ من هي الأم؟ ٢٨٦
ب ـ من هو الأب؟ ٢٨٧
ج ـ التنازع بين المرأة التي تطوعت بالحمل والمرأة صاحبة البويضة ٢٩٠
ـ رفض تسليم الطفل بعد ولادته ٢٩١
ـ رفض تسلم الطفل ٢٩٢
الفرع الثاني: الجزاء الجنائي ٢٩٣
الغصن الأول: القواعد العامة ٢٩٤
أولاً: جريمة الزنا ٢٩٤
ثانياً: الإجهاض ٣٠١
ثالثاً: نسبة طفل حديث الولادة زوراً إلى غير والدته ٣٠٦
رابعاً: هتك العرض ٣٠٧
الغصن الثاني: القواعد الخاصة ٣٠٩

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أولاً: مَنْ يعاقب؟ ٣١٠
ثانياً: الأفعال التي يجب تجريمها ٣١١
الباب الثاني: النسب ٣١٣
الفصل الأول: قواعده النسب وأحكامه ٣١٧
المبحث الأول: الأبوة ٣١٨
أولاً: المعيار البيولوجي ٣١٨
ثانياً: المعيار الإرادي ٣٢٢
المبحث الثاني: الأمومة ٣٢٥
الفصل الثاني: أحكام النسب في حالة الإنجاب الصناعي ٣٢٩
المبحث الأول: وضع المشكلة ٣٣٠
المبحث الثاني: **الإنجاب الصناعي بدون تدخل الغير** ٣٣٣
المبحث الثالث: **الإنجاب الصناعي بتدخل الغير** ٣٣٧
المطلب الأول: التبرع بنطفة مذكرة ٣٣٧
الفرع الأول: المرأة غير متزوجة ٣٣٨
أولاً: طلب الطفل ٣٣٨
ثانياً: طلب المتبرع ٣٤٥
الفرع الثاني: المرأة متزوجة ٣٤٦
الغصن الأول: نسب الولد لجهة الأب ٣٤٦
الغصن الثاني: إنكار نسب الولد ٣٤٧
أولاً: القانون الفرنسي ٣٤٨
ثانياً: القانونان المصري والكويتي ٣٥٠
ثالثاً: نظرة تحقيقية ٣٥٢
رابعاً: نتائج الإنكار ٣٥٦
المطلب الثاني: التبرع بنطفة مؤنثة ٣٦٢
الفرع الأول: النسب لجهة الأب ٣٦٣
الفرع الثاني: النسب لجهة الأم ٣٦٤
الغصن الأول: الأم هي صاحبة البويضة ٣٦٥
الغصن الثاني: الأم هي التي تبرعت بالحمل ٣٦٧

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الغصن الثالث: نظرة تحقيقية ٣٧٠
أولاً: اعتبارات عملية ٣٨٠
ثانياً: اعتبارات منطقية ٣٨٥
ثالثاً: اعتبارات شرعية ولغوية ٣٨٦
رابعاً: اعتبارات قانونية ٣٨٧
الغصن الرابع: بعض الصعوبات العملية ٣٨٩
أولاً: علاقة الولد بالمرأة صاحبة البويضة ٣٨٩
ثانياً: تحديد الأب في بعض الفروض ٣٩٢
الخاتمة ٣٩٥
أهم المراجع ٤٠٧

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مقدمة

(١) يُعتبر الإنجاب الصناعي ـ دون أدنى قدر من المبالغة ـ « ثورة » اجتماعية بكل ما تحمله الكلمة من معنى ، أو هو ـ بمعنى آخر ـ « انقلاب » على كثير من التقاليد والعادات التي استقرت داخل مجتمعاتنا بحكم قواعد الدين والأخلاق من ناحية ، وقواعد القانون من ناحية أخرى .

وتبدو خطورة هذه « الثورة » ـ أو هذا الانقلاب ـ في أنها ثورة مستمرة ، إذ لا تكاد تمر أسابيع ، وربما أقل ، دون أن تحمل لنا وسائل الأعلام ـ المقروءة والمسموعة والمرئية ـ بعض الاكتشافات الطبية أو العلمية « الجديدة » بخصوص الإنجاب الصناعي .

والواقع أن الطب قد لعب ، بالنسبة للإنجاب بالذات ، دورين يبدو أنهما ، على الأقل للوهلة الأولى ، متناقضان : فقد قام الطب ـ في البداية ـ بدور سلبي لمن يرفض أو لا يرغب في الإنجاب ، وقدم ـ لهذا الغرض ـ وسائل عديدة لمنع وتنظيم الإنجاب وقد كانت هذه الوسائل ـ وما تزال ـ محل خلاف كبير من الناحية الشرعية . ثم قام الطب ـ حديثاً ـ بدور إيجابي بالنسبة لمن يريد ويرغب في الإنجاب ، ويحول دون تحقيق هذه الرغبة بعض الموانع المرضية والخلْقيَّة ، وقدم ، لهذا الغرض وسائل عديدة لمساعدة الأفراد على تحقيق أمنية الإنجاب . وهكذا كان الطب دائماً ، وما زال ، في خدمة الإنسان فهو ـ أي الطب ـ وسيلة في « يد » من لا يرغب في الإنجاب ، وهو نفسه ـ تارة أخرى ـ وسيلة في « يد » من يرغب في الإنجاب .

وبالرغم من التعارض الظاهري في قيام الطب بكل من الدورين ، إلا أنه يجمعهما معاً ـ وهنا تكمن الخطورة ـ أن دور الطب لم يعد فقط ، كما هو

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الحال دائماً ، علاج حالات مرضية ، وإنما أصبح أيضاً الإستجابة لرغبات معينة . وهكذا دخلت البشرية ، ـ عن طريق الإنجاب ـ عصر طب « الرغبة » ، بعد أن كان دور الطب ـ فقط ـ دوراً علاجياً .

وتبدو الصعوبة ، بل والخطورة ، في أن الرغبة الإنسانية لا حدود لها ، ولا يوجد ـ من الواقع ـ معايير طبية محددة تكفي ـ عند الضرورة ـ لكبح جماح هذه الرغبة . فليس كل ما هو « ممكن » علمياً وطبياً جائز شرعياً وأخلاقياً وقانونياً . فالإمكان من الناحية الطبية شيء ، والجواز شرعاً وقانوناً شيء آخر تماماً .

ومن هنا تأتي ضرورة تدخل القانون لرسم حدود الدائرة التي لا يجوز لرجل الطب ، وكذلك المريض ، أن يتجاوزها . ورسم هذه الحدود ، رغم صعوبتها ، يعني أن ما هو ممكن طبياً أصبح ـ أيضاً ـ جائز شرعاً وقانوناً ، مما يعني إضفاء الشرعية على الممارسات التي تتم داخل حدود هذه الدائرة .

(٢) ولا ريب في أن التقدم العلمي بوجه عام ، خصوصاً ما يمس منه الإنسان كالإنجاب الصناعي ، يترك آثاره ـ ولو بطريق غير مباشر ـ على القانون بوجه عام . وأمام هذه الآثار التي تنعكس ـ بسبب هذه الاكتشافات . على القانون ، يقوم رجل القانون ـ أو يجب أن يقوم ـ **بدور مزدوج** : تقدير النتائج والآثار التي تترتب على التطورات والاكتشافات العلمية والطبية من ناحية ، وإعداد الإجابة الملائمة للتساؤلات والمشاكل الكثيرة والدقيقة التي تثيرها هذه الاكتشافات من ناحية أخرى .

والحقيقة أن القيام بمثل هذا الدور يبدو عبئاً ثقيلاً خصوصاً في مجال كالإنجاب الصناعي الذي يمس ـ عن قرب ـ الإنسان ووضعه الاجتماعي . ويرجع ذلك إلى أن « بناء » نظام قانوني ملائم للإنجاب الصناعي لا يعتمد فقط على « الفن » القانوني ، وقواعد القانون الوضعي ، وإنما يقوم أيضاً على مواجهة وتقدير كثير من القواعد الأخلاقية والدينية والطبية التي تبدو ـ في كثير من الأحيان ـ متداخلة بل ومتشابكة ، الأمر الذي يفرض مراجعة علاقة القانون بقواعد الأخلاق والدين مع ما في ذلك من صعوبة بالغة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ونقطة البداية ـ في اعتقادنا ـ هي ضرورة وضع تصور عام « لتدرج » المصالح محل الاعتبار : مصلحة الزوجين ، ومصلحة الطفل ، وأخيراً مصلحة المجتمع والتي تتمثل ، بالدرجة الأولى ، في مراعاة الحرمات التي أوجب الشرع مراعاتها . فإذا أمكن التوفيق بين هذه المصالح ، أو التضحية ببعضها تحقيقاً للبعض الآخر ، أمكن ـ حينئذٍ ـ إعداد نظام قانوني مناسب ومتكامل للإنجاب الصناعي بوجه عام .

وقد أصبح تدخل القانون اليوم ضرورة أكثر من أي يوم مضى ، حتى لا تتحول الحرية إلى فوضى ، وتنقلب أو ترتد ضد الشخص نفسه المستفيد الأول من الحرية . خصوصاً أن الإنجاب الصناعي يتصل ، مباشرة ، بالإنسان نفسه من حيث صفاته الجسمية والنفسية ، ونسبة لجهة الأب والأم ، بل ونوعه (جنسه) ومستقبله . أي أن الإنجاب يمس ، باختصار ، حياة الشخص ذاتها ووضعه الاجتماعي . وهو لا يؤثر فيها في لحظة معينة فقط ، بل تلاحق هذه الآثار الإنسان حتى وفاته .

(٣) ومن هذا المنطق سنعرض للإنجاب الصناعي في قسمين :

الأول : طرق أو وسائل الإنجاب الصناعي .

الثاني : أحكام الإنجاب الصناعي .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

القسم الأول

«وسائل الانجاب الصناعي»

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(٤) يُعتبر الإنجاب الصناعي « ثورة » ليس فقط علمية وطبية ، وإنما أيضاً ، ربما بالدرجة الأولى ، « اجتماعية » . ولعل أهم مظهر من مظاهر هذه الثورة ، بل وأخطرها على الإطلاق ، أن عملية الإنجاب أصبحت تقتضي - بسبب الإنجاب الصناعي - تدخلاً من قبل « الغير »[1] ، بعد أن كان الإنجاب - حتى وقت قريب - علاقة خاصة جداً بين الزوجين .

ويتميز الإنجاب الصناعي بوجه عام ، أياً كانت وسيلته ، بأنه - من ناحية - إنجاب طبي يقتضي بالضرورة تدخل أحد الأطباء على الأقل ، إن لم يكن تدخل أحد المتخصصين في علم الأحياء أيضاً Biologiste . ويتميز الإنجاب الصناعي - من ناحية أخرى - بأنه إنجاب « مُعاوَن أو مُساعَد assiste ، حيث تحل الوسائل الصناعية محل الخطوات الطبيعية للإنجاب ، وذلك لمساعدة الزوجين على تحقيق رغبتهم « المشروعة » في الحصول على « ولد » . وأخيراً ، فإن الإنجاب الصناعي يؤدي - أياً كانت وسيلته - إلى استبعاد العلاقة الجنسية كوسيلة وحيدة للإنجاب ليحل محلها طرق أخرى لا تتطلب أي علاقة جنسية بين الزوجين لتحقيق الرغبة في الإنجاب .

وقد تعدد وتطورت وسائل الإنجاب الصناعي في العقدين الأخيرين من هذا القرن تطوراً سريعاً . وهكذا بدءاً بالتلقيح الداخلي بين الزوجين أو غير الزوجين ، مروراً بالتلقيح الصناعي الخارجي invertro بين الزوجين أو بتدخل « الغير » ، انتهاء بالحمل لحساب « الغير » وهكذا يلعب « الغير »

---

(١) وهذا «الغير» الذي يتدخل في الإنجاب الصناعي قد يكون رجلاً يتبرع بنطفته، أو امرأة تتبرع ببويضتها، أو امرأة تتبرع بحمل بويضة ملقحة لحساب امرأة أخرى.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

دوراً رئيسياً في الإنجاب الصناعي ، على عكس الإنجاب الطبيعي الذي يُعتبر عملية داخلية وخاصة جداً بين الزوجين .

لكن فيما عدا هـذه الخصائص العـامة والمشتـركة بين كـافة وسـائل الإنجاب الصناعي ، فإن هناك فروقاً بينها يسمح استـظهارهـا بعدم الخلط بينها . ولذلك نرى أن نعرض ـ براءة ـ لهذه الوسـائل المختلفـة بشيء من التفصيل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الباب الاول

التلقيح الداخلي

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

(٥) يُقصد بالتلقيح الداخلي عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لأحد الأغيار في المكان المناسب من المهبل[١]. يستوي بعد ذلك أن تكون النطفة المذكرة المستخدمة في عملية التلقيح « طازجة » frais أو « مجمدة » Congelé . وإن كان النوع الأول يُفضله الأطباء عملاً لأن معدل نجاح عملية التلقيح تكون ـ حينئذ ـ أعلى مما لو استخدمت نطفة « مجمدة »[٢] . كما أن استخدام النطفة المُجمدة يُثير ـ قانوناً وعملاً ـ بعض المشاكل كما سنرى فيما بعد[٣] .

ويلاحظ على هذه الوسيلة ، أولاً ، أنها تقوم على استبعاد الاتصال الجنس بين الرجل والمرأة كوسيلة للإنجاب . ليحل محله « حقن » النطفة[٤] المذكرة في مهبل المرأة الراغبة في الحمل . فإذا ما تمت عملية إدخال السائل المنوي في المهبل بنجاح ، سارت الأمور بعد ذلك كما لو كان الإنجاب طبيعياً . حيث تلتقي النطفة التي تم حقنها التقاء طبيعياً بالبييضة

---

(١) راجع في ذلك :

R. Devichi, Les procréations assistés. état des questions, Rev. trim. dr. Civ. 1987, P. 460 et s.

Kayser, Les limites morales et Juridiques de la procréation artificielle D.S., 1987, P. 189 et s.

J. Leenhardt, Reflexion sur l'insemination artificielle, art. publiée Bioéthique et Droit, 1988, P. 74 et s.

(٢) ولا تستخدم بعض الدول إلا النطفة « الطازجة » مثل السويد وكندا ، راجع :
J.R. Devichi, art. préc., P. 460. n. 6.

(٣) راجع ما يلي ، فقرة رقم ٦٨ وما بعدها .

(٤) والنطفة أنواع ثلاثة : نطفة مذكرة تفرزها الخصية ، ونطفة مؤنثة وهي البويضة التي يُفرزها المبيض مرة في الشهر ، والنطفة الأمشاج وهي البويضة الملقحة الناتجة عن اختلاط الحيوان المنوي الذي يُلقح البويضة ، راجع : محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨١ ، ص ١٠٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التي يُفرزها مبيض المرأة ، ويتم - بمشيئة الله - التلقيح بنيهما . ثم تعلق البويضة الملقحة ، بعد سبعة أيام تقريباً من تاريخ التلقيح[1] ، بجدار الرحم ، ثم تصير بإذن الله مضغة وهكذا حتى الوضع .

ويلاحظ على هذه الوسيلة ، ثانياً ، أن دور الطب - هنا - وإن كان ضرورياً لا غنى عنه ، إلا أن دوره محدود إذا ما قورن بدوره في الوسائل الأخرى . إذ يقتصر دور الطب على حقن النطفة المذكرة في رحم المرأة التي ترغب في الحمل .

ويلاحظ على هذه الوسيلة ، ثالثاً وأخيراً ، أنها قد تكون بين الزوجين ، وقد تكون بتدخل أحد الأغيار بحسب نوع العقم الذي يُعافى منه الرجل . لكنها وسيلة ، سواء كانت بين الزوجين أو بتدخل من قبل « الغير ، لعلاج عقم الرجل عموماً . والفرض أن المرأة الراغبة في الحمل لا تعانى من أي صعوبات أو مشاكل بالنسبة للحمل والإنجاب .

---

(١) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

الفصل الاول

بين الزوجين

(٦) ويستخدم في عملية التلقيح ـ هنا ـ نطفة الزوج نفسه Sperme ، وذلك لتلقيح بيضة زوجته . وتسمى هذه الطريقة بالفرنسية insémination intra - Conjugal[١] . وتستخدم هذه الوسيلة ـ عملاً ـ في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته. أي إذا كان في الزوج قصور ، لسبب ما ، « عن إيصال مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب »[٢] في مهبل زوجته لحدوث الحمل الطبيعي . وقد يكون ذلك لكونه عنيناً ، أو ليست لديه القدرة على إيصال السائل المنوي إلى أغوار المهبل لكونه سريع الإنزال[٣] ، أو كان السائل المنوي للزوج ليس بالكم أو النوعية الكافية لإتمام عملية الإخصاب ، ولا تكفي النسبة الضئيلة الباقية تلقيح البييضة المؤنثة. وفي هذا الفرض ، يعمل الأطباء على جمع هذه الحيوانات المنوية الصالحة على فترات ، وتجميدها فترات زمنية إلى أن يتم تجميع الأعداد الكافية للتلقيح ، وحينئذٍ « تحقن » في مهبل الزوجة[٤] . فالسائل المنوي صالح تماماً لعملية الإخصاب ، ولكن الصعوبة تكمن في استحالة ، أو على الأقل

---

(١) واختصارها : IAC .
(٢) خالد المذكور ، التلقيح الصناعي من الناحية الشرعية ، جريدة الأبناء ، ١٩٨٩/٩/١٥ .
(٣) هاشم جميل عبد الله ، زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية ، مجلة الرسالة الإسلامية ، القسم الثاني ، العدد ٢٢٩ ، يوليو ١٩٨٩ ، ص ٦٩ .
(٤) عبد المحسن صالح ، مستقبل الإخصاب خارج الأرحام ، مجلة العربي ، العدد ٢٤٤ ، ص ٣١ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

صعوبة ، التقاء نطفة الزوج مع بويضة ovule الزوجة[1] .

ولا ريب في فائدة هذه الوسيلة بالنسبة للأسر التي تعاني من العقم . وتبلغ نسبة هذه الأسر ما بين ١٠٪ و ١٥٪ من الأسر المتزوجة . وللعقم أسبابه المتعددة . فقد تكون فسيولوجية أو نفسية ، كما قد تكون مؤقتة أو مزمنة . فإذا كان سبب العقم مؤقتاً ، أمكن علاجه بالوسائل الطبية المناسبة . أما إذا كان سبب العقم مُزمناً لا يجدي معه العلاج ، فلا يكون أمام الأسرة لإشباع الرغبة في الإنجاب سوى الوسائل الصناعية ، ومنها ـ بداهة ـ التلقيح الداخلي .

لكن وسيلة التلقيح الداخلي بين الزوجين (IAC) لا تستجيب لإشباع رغبة الإنجاب لدى كافة الأسر التي تعاني من العقم . فهي لا تصلح إلا لمواجهة عجز الزوج فقط . وهي تمثل حوالي ٤٠٪ من حالات العقم بوجه عام . أما الباقي ، وهو ٦٠٪ ، فيرجع سببه إلى الزوجة[2] . ونعرض فيما يلي لحكم هذه الوسيلة من الناحية الشرعية ، ثم لشروط اللجوء إليها من الناحيتين القانونية والشرعية .

---

(١) وقد جاء أول مولود في انجلترا نتيجة للتلقيح الصناعي الداخلي عام ١٩٧٠ ، حيث كان الزوج يعاني من تشوهات في العضو التناسلي يمنعه من مواقعة زوجته بطريقة طبيعية ، راجع :

J.L. Baudcuin et C.L. Riou, produire l'homme, de quel droit? P.U.F, 1987, P. 26.

وقد وُلد في الولايات المتحدة الأمريكية ، عن طريق التلقيح الصناعي الداخلي ، ما يقرب من ربع مليون طفل في عشرين سنة ، المرجع السابق ، ص ٢٨ .

(٢) J.L. Baudouin et C.L. Ricu, Op. Cit., P. 29.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الاول

حكم التلقيح الداخلي
بين الزوجين من الناحية الشرعية

(٧) الأصل في الحمل أن يكون نتجية للإخصاب الداخلي نتيجة لالتقاء نطفة الرجل ببييضة المرأة داخل الرحم التقاء مباشراً عن طريق الاتصال الجنسي . فوسيلة الإنجاب ، أصلاً ، هي الاتصال الجنسي الطبيعي الكامل المباشر بين الزوجين .

لكن إذا كان يشترط في الإخصاب أن يكون ناتجاً عن اتصال حلال ، فهل يشترط أن يكون التقاء النطفة الذكرية بالبييضة الأنثوية ناتجاً عن الاتصال الجنسي ؟ تبدو أهمية هذا السؤال من حيث أن الإنجاب الطبيعي لا يختلف عن التلقيح الصناعي الداخلي إلا في وسيلة إيصال « ماء » الرجل إلى المكان المناسب في مهبل المرأة أو رحمها : فهي الاتصال الجنسي في الإنجاب الطبيعي ، وهي « الحقن » في التلقيح الصناعي الداخلي .

والتلقيح الصناعي الداخلي ليس جديداً تماماً بكيفيته لا باسمه . من ناحية ، يعرفه الواقع العملي في مصر منذ فترة طويلة خصوصاً في الأوساط الشعبية بما يسمى « الصوفة »[1] . وكانت « الصوفة » تستخدم في حالة عقم الزوج مع قدرة الزوجة على الإنجاب . وهي تستخدم بطريقتين : إما أن يقذف الزوج على « الصوفة » ، ثم تقوم الزوجة بوضعها في المهبل على أمل

(١) محمد عبد الجواد ، الطبيب المسلم بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الأسلامية ، نشرة الطب الإسلامي ، العدد الرابع ، أعمال المؤتمر العالمي الرابع عن الطب الإسلامي ، جزء ٥ ، دور الطبيب المسلم ومسئولياته ، الكويت ٩ - ١٣ نوفمبر ١٩٨٦ ، ص ٧٦٨ - محمد سلام مدكور ، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٦٩ ، ص ١٣٢ ، هامش رقم (١) .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تلتقي البييضة بنطفة زوجها ، وإما أن توضع « الصوفة » في فرج زوجة رجل غير عقيم ، ثم تتم عملية الجماع فيعلق المني بالصوفة ، ثم توضع في فرج الزوجة التي يعاني زوجها من العقم ، على أن يتم الجماع بينهما مباشرة . وهكذا يمكن التلقيح بنقل مني رجل غير عقيم لامرأة قادرة على الإنجاب . ومن ناحية أخرى ، إذا كان الفقهاء المتقدمون لم يعرفوا التلقيح الصناعي في صورته الحديثة ، إلا أنهم عرفوا شيئاً قريباً منه يُسمى استدخال المني . **ونعرض لمدى شرعية هذه الوسيلة للإنجاب من حيث :**

أولاً ـ التعارض مع مشيئة الله سبحانه وتعالى :

(٨) يقول سبحانه وتعالى في كتابه الكريم : ﴿ **الله ملك السموات والأرض يخلق ما يشار ، يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور . أو يزوجهم ذكراناً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير** ﴾[١] ، ويقول جل شأنه : ﴿ **ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين** ﴾[٢] صدق الله العظيم . وقد يقال بأن التلقيح الصناعي يعتبر ، بهذا المعنى ، خرقاً لقوانين الطبيعة ، وأنه يتعاض القدرة الإلهية ، الذي خلق كل شيء فقدره .

والواقع أن الآيات الكريمة لا تدل على هذا المعنى[٣] . فالآيات تدل على حكمة الله سبحانه وتعالى في قدرته وعطائه ، وفي اختلاف الناس ما بين عقيم وولود ، وما بين إناث وذكور . فالعقم من مشيئة الله سبحانه وتعالى لحكمه لا يعلمها إلا هو ، مثله في ذلك مثل الأمراض الأخرى ، يجوز ـ بالتالي ـ التداوي منه . وما التلقيح الصناعي إلا وسيلة من وسائل هذا التداوي ، أو على الأقل الحد من آثاره . مع التسليم بأن الله سبحانه وتعالى هو الشافي والقادر ، لا راد لحكمه ولا مغير لقضائه .

---

(١) شورة الشورى ، الآيتان ٤٩ ، ٥٠ .

(٢) سورة المؤمنون ، آية رقم ١٢ .

(٣) الشيخ محمد متولي الشعراوي ، الفتاوي ، أعده وقدم له وعلق عليه د. السيد الحميلي ، ص ٢٤ ، ٢٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولما كان العقم أياً كان سببه لا يعدو أن يكون مرضاً من الأمراض ، فإنه يدخل تحت أمر رسول الله ﷺ لقوله : « تداووا ، فإن الله عزّ وجلّ لم يضع داء إلا ووضع له شفاء »[1] . ومما يوجب العمل على علاج العقم ، من ناحية ، أن الشريعة الإسلامية لا تجيز التبني لقوله تعالى : ﴿ **وما جعل أدعياءكم أبناءكم** ﴾[2] ، ومن ناحية أخرى ، لأن العقم يقلل من عدد المسلمين مع أن رسولنا الكريم بحيث على التكاثر بقوله : « تزوجوا الولود الودود ، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة »[3] .

ومن ناحية أخرى ، أنه ما دام الشخص قد أنجب أو يمكن له أن ينجب بالعلاج والمساعدة الطبية المشروعة ، فإن ذلك يعني أنه ليس بعقيم ، إذ كيف يهبه الله الذرية وهو عقيم ؟[4] . فالرجل العقيم هو الذي يستحيل عليه الإنجاب ولا حتى بالمساعدة الطبية . أما إذا كانت المساعدة الطبية (العلاج) يمكنها تذليل العقبة التي تحول بينه وبين الإنجاب بطريق مشروع ، فليس في هذا خرق لقوانين الطبيعة أو خروج على الدين أو تحدي المشيئة الإلهية .

وأخيراً فلا تعارض بين التلقيح الصناعي بين الزوجين وبين قوله سبحانه وتعالى : ﴿ **لقد خلقنا الإنسان** ﴾حيث أن هذه التجارب العلمية ما تمت « إلا بأسباب الله بأخذ الحيوان المنوي من الرجل مخلوق الله ، وأخذ البويضة من المرأة مخلوق الله أيضاً وفي البيئة التي حددتها حكمة الله » . و« لا يتم أي نجاح في مثل هذه الوسائل إلا بإرادة الله سبحانه وتعالى . فهو الذي قدر ذلك وقرره في غيبة الأزلي ، ولو لم يرده الله تبارك وتعالى ما حدث وما تم »[5] .

---

(١) صحيح البخاري ، جزء ٧ ، ص ١٥٨ .
(٢) سورة الأحزاب ، آية رقم ٤ .
(٣) رواه أبو داود والنسائي : ابن قيم الجوزية تحفة الودود بأحكام الولود ، ص ٥ وما بعدها .
(٤) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، العددان ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ص ٩٧ .
(٥) محمد متولي الشعراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثانياً : من حيث وسيلة إيصال « ماء » الرجل إلى رحم زوجته :

(٩) من الملائم أن نستعرض ـ بداءة ـ بعض نصوص فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص استدخال المني الذي يقترب إلى حد كبير من التلقيح الصناعي الداخلي لنرى موقفهم منه : « مقطوع الذكر وحده يلحقه الولد لأنه ـ كما قيل ـ يمكن أن ينزل ماء يخلق منه الولد »[١] . « أن الخصى والمجبوب إذا كانا ينزلان وفارقا زوجتيهما بعد خلوة وجبت العدة ، وكذلك إن حصل لزوجتيهما حمل ، فإن الحمل لا ينتفي عنهما إلا باللعان »[٢] . « لا يجوز لأحد نفي حمل زوجته إلا إذا اعتمد على أمر قوي ، فلا يجوز أن يعتمد على عزله . . . ولا على كونه كان يطأها بين فخذيها حيث كان ينزل »[٣] . « إذا عالج الرجل حليلته فيما دون الفرج ، فأخذت ماءه في شيء فاستدخلته فرجها فعلقت وولدت ، فالولد ولده »[٤] .

وفي التعليق على هذه النصوص يقول الشيخ محمود شلتوت : « من المعلوم أن تخلق الولد إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل ، فيصل إلى الرحم المستعد للتفاعل . . . يتخلق الولد من هذا السائل متى وصل إلى الرحم . . . وإن لم يكن وصوله عن طريق الاتصال الجسماني المعروف . وهذا قدر عرفه الناس جميعاً ، وعرفه فقهاؤنا وجاء في كلامهم : إن الحمل قد يكون بإدخال الماء للحمل دون اتصال »[٥] . ورتب الفقهاء على ذلك وجوب العدة . « وهذا صريح في اعترافهم بأن وصول الماء عن غير الطريق المعتاد قد يكون وسيلة لشغل الرحم بالجنين ، وهو يتضمن تقرير المبدأ المعروف في تكوّن الطفل من الماء الحيوي دون حاجة إلى العملية الجنسية . وما الاتصال الجسماني إلا وسيلة معتادة لا يتوقف عليها تكوّن الولد الذي هو من الماء المستكمل مؤهلاته الطبيعية » .

---

(١) المغني والشرح الكبير ، جزء ٩ ، ص ٥٥ وما بعدها .
(٢) حاشية الدسوقي على شرح الدردير ، جزء ٣ ، ص ٤٦٨ .
(٣) حاشية العدوي على شرح الرسالة ، جزء ٢ ، ص ٩٩ .
(٤) مجمع الأنهر ، جزء ١ ، ص ٥٤٢ .
(٥) الفتاوي ، ديسمبر ١٩٥٩ ، ص ٢٩٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وينتهي الشيخ محمود شلتوت إلى أن التلقيح الصناعي الإنساني يعتبر تصرفاً واقعاً في دائرة القانون والشرع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة ، إذا كان بماء الرجل لزوجته ، ويكون عملاً مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج . فضلاً عن أنه قد يكون في هذه الحالة وسيلة للحصول على ولد شرعي ، يذكر به والداه ، وبه تمتد حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية والاجتماعية[1] .

وهكذا يمكن القول أن الاتصال الجنسي وإن كان الطريقة الطبيعية لإيصال ماء الرجل إلى سهل زوجته ، إلا أنه ليس الطريق الوحيد . فالحمل قد يكون باستدخال المني في المكان المناسب من رحم الزوجة دون اتصال ، كالحقن مثلاً كما هو الحال في التلقيح الصناعي الداخلي . فوسيلة إدخال المني لا يتوقف عليها تكوّن الجنين الذي هو من الماء الذي يستكمل مؤهلاته الطبيعية[2] .

(١٠) أما بالنسبة للديانة المسيحية ، فيبدو أن موقفها يختلف ـ نظرياً ـ عن موقف الشريعة الإسلامية . فالرجل والمرأة يعتبران ، بعد الزواج ، كائناً واحداً ، ووحدة واحدة جسمانياً وروحياً وأخلاقياً[3] . وما العلاقة الجنسية إلا عنصر من عناصر الحياة الزوجية . فهي ـ أي العلاقة الجنسية ـ ليست العنصر الوحيد ولا حتى العنصر الأساسي للعلاقة الزوجية . ولهذا لا نستطيع أن نقول إن الإنجاب هو الهدف الرئيسي للزواج . فالولد ما هو إلا نتيجة للزواج لكنه لا يكوّنه . وغيابه أو عدم وجوده لا يؤثر في وجود الزواج ذاته .

ويترتب على هذه النظرة للزواج ، أن التلقيح الصناعي لا يجب أن يبدو أمام أعين الزوجين المسيحيين كحل وحيد لمشكلة العقم ، فالطبيعة

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٩٩ . وفي ذات المعنى أيضاً : يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام ، مكتبة وهبة ، الطبعة ١٤ ، ١٩٨٠ ، ص ١٩٠ .

(٢) الشيخ إبراهيم القطان ، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٣ ، ص ٣٧٢ وما بعدها . . . محمد سلام مدكور ، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي ، ص ١٣٦ .

(٣) F.J. Leenhardt, art. préc., P. 75, in Bioéthique et Droit.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تقتضي أن يكون الإنجاب ثمرة للاتصال الجنسي . فإذا استحال ، لسبب أو لآخر ، الإنجاب بهذه الطريقة الطبيعية (الاتصال الجنسي) ، فإن أي حل آخر ليس له ما يُبرره . فالطبيعة يجب إذن احترامها ، ومن ثم يجب أن يصل السائل المنوي للرجل إلى رحم زوجته عن طريق العلاقة الجنسية الطبيعية . فالإنجاب يرتبط ارتباطاً لا ينفصم بالعلاقة الجنسية . فالعلاقة الجنسية هو الوسيلة والإنجاب هو النتيجة . ولا ريب في أن التلقيح الصناعي يؤدي إلى فصل الإنجاب عن العلاقة الجنسية . وإذا كانت الأبوة « مزية » وليست حقاً ، فليس على المجتمع - من ثم - أي التزام بإصلاح ما أفسدته الطبيعة .

وهكذا ، إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا إلى أن « الحمل قد يكون بإدخال الماء للحمل دون اتصال » ، فإن بعض المتخصصين[1] قد ذهبوا إلى أن الحمل ، في الديانة المسيحية ، لا يجوز أن يكون إلا عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي . وإذا كانت الوسائل الجديدة (التلقيح الصناعي) تسهل العلاقة الزوجية والجنسية وتساعدها على تحقيق غاياتها الطبيعية ، فإنها تكون مشروعة من الناحية الأخلاقية ، أما إذا كان مثل هذا التدخل يحل كلية محل العلاقة الجنسية فهو غير مشروع أخلاقياً .

لكن البعض الآخر[2] يعارض هذا التحليل على أساس أن التلقيح الصناعي يساعد الطبيعة ولا يقف ضدها . وإذا كانت الطبيعة قد حرمت البعض من نعمة « الولد » ، فإن التفكير في التغلب على هذه المشكلة والحد من آثارها من قبيل مساعدة الطبيعة بالحصول على ولد تكتمل به سعادة الأسرة

(١١) أما النسبة للطائفة اليهودية ، فإن ديانتهم لا تعارض التلقيح الصناعي بين الزوجين بشرط أن تكون الوسائل الأخرى لعلاج العقم غير

---

(١) La Documentation Catholigue, 1951, P. 1489, Cité par P. kayser, art. préc., D.S., 1987, P. 190, n. 6.

(٢) P. Kayoen, art. préc., P. 191.
F.J. Leexhardt, art. préc., P. 76.
Le Monde, 4 avril 1987, P. 12.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مجدية وثبت فشلها[1] . أي أنه يجب أن يحاول الزوجين علاج العقم بالوسائل الطبية المتاحة ، فإن لم تؤد إلى نتيجة إيجابية أمكن ـ حينئذٍ ـ اللجوء إلى وسيلة التلقيح الصناعي .

وهكذا يمكن القول أن الشرائع السماوية الثلاث ، الإسلام والمسيحية (حسب الرأي الراجح) واليهودية تتفق على أن الحمل قد يكون بالاتصال الجنسي ، وهو المعتاد ، وقد يكون بإيصال « ماء » الزوج إلى رحم زوجته دون مباشرة جنسية بالحقن مثلاً ، وهو ما يعرف بالتلقيح الصناعي .

ثالثاً : مدى جواز الإطلاع على عورة المرأة :

(١٢) تتطلب عملية التلقيح الصناعي الحصول على نطفة من الزوج ، وإعدادها بطريقة خاصة لحقنها في المكان المناسب من مهبل أو رحم الزوجة . ومن ثم ، فإن إجراء عملية التلقيح تستدعي ـ حتماً ـ الإطلاع على « عورة » المرأة ، وكذلك عورة « الرجل » ، من قبل الطبيب الذي سيتولى إجراء التلقيح . ومن هنا يثور حكم اطلاع « **جنس** » **على عورة الجنس الآخر** . فإذا قلنا بعدم جواز الإطلاع ، كان حكم التلقيح الصناعي هو عدم الجواز من الناحية الشرعية ، والعكس صحيح .

الأصل في الشريعة الأسلامية هو « حرمة » اطلاع أحد الجنسين على عورة الجنس الآخر . خصوصاً أننا ـ في مجال التلقيح الصناعي ـ أمام حكم الإطلاع على العورة المغلظة . ولا ريب أن النظر إلى السوأتين مثلاً ليس كالنظر إلى الساقين أو الذراعين .

لكن الأمور ، في الشريعة الغراء ، تقدر بقدرها . ولذلك فقد اتفق الفقهاء على جواز إطلاع أحد الجنسين على عورة الجنس الآخر عند الضرورة . فالضرورات ـ كما يقال ـ تُبيح المحظورات . فعورة المرأة تظل حراماً على الرجل ، وعورة الرجل تظل حراماً على المرأة . . . ولا ينحسر

---

(١) Y. Terras, L;homme - insémination dans le traitement de la sterilité conjugale, thése Nantes, 1974, P. 54.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

هذا التحريم إلا لضرورة كما هو الحال في ممارسة الطب والعلاج . « . . . . المرأة يكون بها الكسر فيضع المجبرين عليها قال هذه ضرورة ولم يـر به بأساً . . . مجبر يعمل بخشية قال لا بدّ لي من أن أكشف صدر المرأة وأضع يدي عليها . . . قال هذه ضـرورة ولم يرَ بـه بأسـاً »[1] . ومن ثم ، يجوز للطبيب أن ينظر من المرأة إلى العورة عند الحـاجة إليهـا ، وكذلـك يجوز للمرأة أن تنظر إلى عورة الرجل عند الضرورة . وينظر الطبيب إلى موضع مرضها بقدر الضرورة[2] .

فهل يُعتبر اللجوء إلى التلقيح الصناعي من قبيل الضرورة التي تُجيز إطلاع أحد الجنسين على عورة الجنس الآخر ؟ .

ذهب البعض إلى أن التلقيح الصناعي مهما كان الدافع إليه لا يرقى إلى مرتبة الضرورات التي تُبيح « كشف » عورة المرأة المغلظة أمام الطبيب الأجنبي عنها ، وذلك لعدم استجماعه شروطها وقيودها المقررة في الفقه[3] .

(١٣) والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن هذا الرأي محل نظر من أكثر من ناحية :

أ ـ أن النظر إلى عورة المرأة من قبل الرجل ليس محرماً لذاته ، وإنما محرم لغيره لما قد يؤدي إليه . والمُحرم لغيـره أخف من المحرم لـذاته . وبـالتالي فـإن الفقهاء الـذين وقفوا بـالمحرم لـذاتـه عنـد الضـرورة فقط ، تسامحوا ، بدرجة ما ، بالنسبة للمحرم لغيره ، وقرروا إباحته ليس فقط عند الضرورة ، وإنما أيضاً عند الحاجة . ومن ثم ، فلا يجب أن نقف بالعلاج

---

(١) ابن مقلح الحنبلي ، الآداب الشرعية ، جزء ٢ ، ص ٤٦٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ، جزء ٩ ، ص ٥٥٨ .
ـ حاشية ابن عابدين ، جزء ٥ ، ص ٢٣٧ .
ـ حسان حتحوت ، حق إطلاع الجنس على عورة الجنس الآخر في الممارسة الطبية ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، أولاً : الإنجاب في ضوء الإسلام ، ١٩٨٣ ، ص ٣١٥ وما بعدها .

(٣) مصطفى الزرقا ، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيها ، المجمع الفقهي بمكة المكرمة ، الدورة الثالثة ، ١٩٨٠ .
ـ طفل الأنابيب ، مجلة المرأة ، السابق الإشارة إليها ، ص ١١٦ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عند حالة الضرورة ، بل ننتقل به إلى حدود الحاجة ، وتنزل الحاجة ـ حينئذٍ ـ منزلة الضرورة .

والدليل على ذلك أن النساء كن يغزون مع النبي ﷺ : فيداوين الجرحى[1] ، وما قد يترتب على ذلك من الإطلاع على عورة الرجل المغلظة . والضرورة ـ هنا ـ ليست قائمة ، إذ كان يمكن إخلاء بعض الرجال العاملين في الجيش ليعالجوا الجرحى بدلاً من النساء . ولكن الحاجة فقط هي التي دعت قيام النساء بعلاج الرجال مع ما يترتب على ذلك من احتمال الأطلاع على العورة . ومن ثم فلا بأس ، شرعاً ، من أن يطلع الرجل على عورة المرأة ، والمرأة على عورة الرجل في حالة الحاجة إلى هذا الأمر .

ولا ريب في أن الإنجاب « حاجة » أو « غريزة » لدى الإنسان ، يستوي في ذلك الأمومة والأبوة ، بل هو ، أي الإنجاب ، رغبة وأمنية عزيزة على كل إنسان ، يتمنى تحقيقها بكافة الوسائل المتاحة شرعاً . كما أن إنجاب الذرية مطلوب شرعاً ، وطلبه يتضمن الإذن بكشف العورة من قبل من يعاني من عدم القدرة على الإنجاب ، والإطلاع عليها من قبل الطبيب المعالج .

والدليل على طلب الإنجاب من الناحية الشرعية قول رسولنا الكريم في حديث أم المؤمنين حفصة : « لا يدع أحدكم طلب الولد ، فإن الرجل إذا مات وليس له ولد انقطع اسمه »[2] . وقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً : « تزوجوا الودود الولود ، فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة »[3] .

ب ـ أن العقم أياً كان سببه يُعتبر ، بالمعنى الواسع ، مرضاً من الأمراض . وقد أمرنا رسولنا الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام بالتداوي من الأمراض بقوله : « تداووا فإن الله سبحانه وتعالى لم يضع داء إلا ووضع له شفاء »[4] .

---

(١) أشار إلى هذه الواقعة المشهورة ، حسان حتحوت ، المقالة السابقة ، ص ٣١٥ .
(٢) رواه الطبراني ، مجمع الزوائد ، جزء ٤ ، ص ٢٥٨ .
(٣) السابق الأشارة إليه .
(٤) السابق الأشارة إليه .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإجازة كشف العورة والنظر إليها لحاجة العلاج محل اتفاق بين الفقهاء : « والنظر إلى العورة حرام إلا عند الضرورة : كالطبيب والخاتن والقابلة لأن الضرورة مستثناة . . . ولأن هذه الأفعال مأمور بها : فعند بعضهم هي واجبة ، وعند البعض سنّة مؤكدة ، ولا يمكن فعلها إلا بالنظر إلى محالها ، فكان الأمر بها أمراً بالنظر إلى محالها . . . »[1] .

ح ـ أن الفقهاء حينما أجازوا إطلاع أحد الجنسين على عورة الجنس الآخر إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، فإنهم يقصدون قيام حالة الضرورة بالنسبة للطبيب الذي يتولى العلاج ، وليس بالنسبة للمريض[2] . ولا يقصدون من ذلك أن المريض لا يجوز له كشف عورته لغرض العلاج إلا لضرورة . فالاستثناء الوارد على الإجازة إنما يرد على الإطلاع وليس على « الكشف » . أي أن الضرورة تُجيز للطبيب الإطلاع على العورة ، فأما إجازة « كشف » المريض عن عورته فله حكم آخر . إذ قد يضطر الطبيب ، عند قيامه بواجبه بالعلاج ، إلى النظر إلى عورة المرأة حتى يستطيع أن يقوم بالعلاج على الوجه الأكمل . واضطراره للنظر إلى العورة هو الذي يجعل الاطلاع عليها جائز شرعاً .

أما بالنسبة لكشف المريض عن عورته فيحكمه معيار آخر وهو التوازن أو الترجيح بين المصالح المتعارضة : فالمريض له ـ دون شك ـ مصلحة في التداوي من المرض الذي يعاني منه ، وله أيضاً مصلحة في حفظ عورته وصيانتها . وفي ذلك يقول النووي رحمه الله : « كشف العورة لا يجوز لكل مداواة ، وإنما يجوز في موضع يقول أهل العرف أن المصلحة في المداواة راجحة على المصلحة في المحافظة على المروءة وصيانة العورة »[3] . فمعيار الكشف إذن هو ميعار المصلحة الراجحة وليس معيار الضرورة المطبق على « الإطلاع » .

---

(١) الاختبار ، جزء ٤ ، ص ١٥٤ .
(٢) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٩٨ .
(٣) المجموع ، جزء ١ ، ص ٣٥٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٤) **الخلاصة** : أن الإطلاع على العورة في حالة التلقيح الصناعي جائز إذا دعت إليه الحاجة أو الضرورة . لكن يجب ـ مع ذلك ـ أن نراعي عدة أمور : أن الأولى ـ من ناحية ـ فيمن يعالج المرأة أن يكون امرأة ، وفيمن يعالج الرجل أن يكون رجلاً إذا تيسر ذلك من الناحية العملية . وأنه يشترط ـ من ناحية أخرى ـ أن يكون التلقيح بكشف العورة هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الرغبة في الإنجاب . ثالثاً من الأفضل أن يكون الطبيب المعالج مسلماً . إذ أن المسلم بلا شك أولى بعلاج المسلم . ويتوقف ذلك بطبيعة الحال على كون ذلك متيسراً عملاً . وأخيراً أن يكون الأطلاع على العورة بالقدر اللازم فقط للقيام بالعلاج .

وهذا هو ما انتهت إليه لجنة التوصيات الخاصة بندوة الإنجاب في ضوء الإسلام بخصوص مدى جواز إطلاع إلى أحد الجنسين على عورة الجنس الآخر : « جواز نظر الجنس إلى عورة الجنس الآخر لدواعي الكشف الطبي والمعالجة والتعليم ، مع الاقتصار فيما يبدو من العورة على ما تدعو إليه الحاجة »[١] .

كذلك أصدر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة القرارات الآتية[٢] :

أ ـ إن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحال من الأحوال إلا لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحاً لهذا الانكشاف .

ب ـ إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها أو من حالة غير طبيعية في جسمها تُسبب لها إزعاجاً يُعتبر ذلك غرضاً مشروعاً يُبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج ، وعندئذٍ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة .

---

(١) الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٣٥١ .
(٢) الإسلام والمشكلات الطبية المعصارة ، أولاً : الإنجاب في ضوء الإسلام ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨٠ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ج ـ إذا كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع ، فإنه يجب أن يكون المعالج إمرأة مسلمة إن أمكن ذلك ، وإلا فامرأة غير مسلمة ، وإلا فطبيب مسلم ثقة وإلا فغير مسلم . بهذا الترتيب ، ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها أو إمرأة أخرى .

وهكذا اعتبر المجمع الفقهي الإسلامي ، بقدر كبير من المرونة وحسن التصرف أن الحالة غير الطبيعية التي تسبب إزعاجاً تُبيح للمرأة ، مثلها في ذلك مثل المرض تماماً ، كشف عورتها أمام أجنبي عنها . ونعتقد أن المجمع لا يقصد بالحالة غير الطبيعية سوى العقم ، فالعقم ، وإن كان ليس مرضاً بالمعنى الطبي الدقيق ، إلا أنه ، دون ريب ، حالة غير طبيعية تُسبب إزعاجاً للأسرة التي تعاني من عدم القدرة علىٰ الإنجاب .

ولذلك انتهى المجمع ، بطريقة منطقية ، إلى « أن حاجة المرأة المتزوجة والتي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يُبيح معالجته بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الصناعي »[1] .

(١٥) الخلاصة إذن أن التلقيح الصناعي الداخلي بين الزوجين جائز شرعاً وقانوناً . وقد تأكد لنا ذلك بوضوح بعد أن استعرضنا بعض « المخاوف » أو المحاذير التي يمكن أن تثار حول اللجوء إلى هذه الطريقة من التلقيح الصناعي . وقد رأينا أن هذه المخاوف لا محل لها من الناحية الشرعية . وبذلك انتهى مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة إلى أن الأسلوب الذي « تأخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تُحقن في رحم زوجته نفسها بطريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعاً . . . وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل »[2] .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٤٨٠ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٤٨١ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني

شروط التلقيح الداخلي بين الزوجين

(١٦) رأينا أن هذه الوسيلة من وسائل التلقيح الصناعي جائزة من الناحيتين الشرعية والقانونية . لكن القول بالجواز من حيث المبدأ يرتبط بتوافر بعض الشروط العامة وهي : .

أولاً : أن يكون التلقيح بين الزوجين :

(١٧) ويعني ذلك أن عملية التلقيح لا تجوز إلا بين رجل وامرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة . وهو شرط ضروري لشرعية التلقيح في هذا الفرض . ومن هنا يبدو التلقيح كوسيلة لعلاج عقم الزوجية فقط . لكن هذا التصور ـ الذي نشأ التلقيح الصناعي في أحضانه ـ قد تغير ، مع الأسف في كثير من الدول الأوربية والأمريكية . فلم يعد التلقيح الصناعي مقصوراً على المتزوجين وحدهم ، بل أصبح يطالب بحق اللجوء إلى التلقيح الصناعي بعض الأشخاص الذين لا تربطهم علاقة زوجية ، وإنما يعيشون معاً في ظل علاقة غير مشروعة Union libre . بل طالبت به أيضاً بعض النساء غير المتزوجات والذين يرغبون في الحصول على « ولد » دون إقامة علاقة جنسية مع رجل ، وكذلك بعض النساء الذين يُعانون من مرض السحاق ويعيشون معاً .

ومن هنا تبدو أهمية الزواج في المجتمع من الناحيتين الأخلاقية والاجتماعية . فهو ـ أي الزواج ـ « جواز » المرور إلى التلقيح الصناعي ، بل

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

هو أساس مشروعيته[1] . والحقيقة أن اشتراط وجود علاقة زوجية بين كل من الرجل والمرأة تبرره ، بالإضافة إلى كون الزواج هو أساس التوالد والتكاثر ، مصلحة الطفل نفسه[2] . ففي حالة وجود علاقة زوجية بين الرجل (الأب) والمرأة (الأم) ، فإن الطفل سيجد ، عند ولادته ، أبوين يستقبلانه لتربيته وتوجيهه ورعايته في الحياة . فالزواج يمثل « ضمانة » قوية للطفل حيث يتوافر ـ عادة ـ الاستقرار والاستمرار .

ولكن نظراً لانتشار العلاقات « الحرة » خارج إطار الزواج في المجتمعات الأوربية ، فإن كثيراً من مراكز التلقيح الصناعي هناك لم تعد تشترط لإجراء عملية التلقيح وجود رابطة زوجية بين الرجل والمرأة الراغبين في الإنجاب . خصوصاً أن هذه العلاقات يتوافر لها ، كالزواج ، قدراً من الثبات النسبي .

والواقع أن هذه النظرة تبدو قاصر تماماً ، ولا تكفي إطلاقاً لتبرير الاستغناء عن شرط وجود علاقة زوجية مشروعة تربط بين المرأة والرجل . فالمسألة لا تتوقف على ضمان توفير قدر من الاستقرار والاستمرار للعلاقة التي تربط الأب والأم . آية ذلك أن العلاقة « الحرة » قد تستمر لفترة أطول من الحياة الزوجية ، وقد توفر للطفل وضعاً أفضل مما يوفره الزواج ، ومع ذلك فإن التلقيح الصناعي يبقى ـ شرعاً ـ غير جائز . ذلك أن تلقيح امرأة بنطفة رجل لا يجمعها به عقد زواج شرعي يُعتبر في حكم الزنا ، فضلاً عما قد يؤدي إليه من اختلاط في الأنساب . وقد يجهل الولد أبيه ، وإذا عرفه يكون « أباً » غير شرعي .

---

(١) وقد اشترطت كثير من الولايات الأمريكية (٣٤ ولاية) التي نظمت التلقيح الصناعي تنظيماً تشريعياً وجود رابطة زوجية بين الرجل والمرأة لإمكانية اللجوء إلى التلقيح الصناعي، راجع:
J.L. Baudouin et C.L. Riou, Op. Cit., P. 32.

(٢) N.J. Mazen, L'insemination artificielle: une realité ignorée par le législateur, J.C.P., 1978, 2899, n. 6.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثانياً : رضاء الزوجين :

(١٨) والحقيقة ـ في نظرنا ـ أن هذا الشرط[١] يبدو بدهي . فالولد ـ من ناحية ـ يحمل اسم أبويه ، ومن ثم يجب رضاء كل منهما ، صراحة أو ضمناً ، قبل إجراء عملية التلقيح . فالأبوة والأمومة مسألة اختيارية وليست ، إطلاقاً ، إجبارية .

ومن ناحة أخرى ، فإن مصلحة الولد تقتضي ضرورة توافر مثل هذا الشرط . إذ قد تتم عملية التلقيح دون رضاء أحد الزوجين ، فيأتي الولد غير مرغوب فيه من الزوج الذي لم يوافق على الإنجاب . بل وقد يلجأ الزوج إلى إنكار نسب الطفل ، مع ما يترتب على ذلك من آثار ضارة بالطفل حتى لو رُفضت دعوى إنكار النسب . إذ تترك دعوى الإنكار ، بل مجرد التفكير فيها ، آثاراً نفسية واجتماعية سيئة على الطفل ، بل وعلى الأم ، يصعب نسيانها فيما بعد . أما لو قُبلت دعوى إنكار النسب ، فإن نتائجها تعتبر ـ دون ريب ـ كارثة بالنسبة لكل من الطفل وأمه .

وأخيراً ، فإن التلقيح الصناعي كعمل طبي يقع على الزوجة ، يتطلب بالضرورة رضاء هذه الأخيرة[٢] . فالأعمال الطبية بوجه عام تقتضي ، قبل إجرائها ، موافقة ـ المريض[٣] إذا كان في ظروف تسمح له بإبداء موافقته ، وإلا وجب موافقة أسرته . ولا يشذ التلقيح الصناعي عن هذه القاعدة . فهو ، أي التلقيح الصناعي ، وسيلة لعلاج العقم أو التغلب على آثاره ، يخضع ـ من ثم ـ لمقتضيات مهنة الطب وآدابها وسلوكياتها .

أما بالنسبة لموافقة الزوج ، فإن كافة المراكز المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح الصناعي تتطلب ضرورة موافقة الزوج على عملية تلقيح

---

(١) أحمد شرف الدين ، حكم الاستنجاب في الشريعة والقانون ، نشرة الطب الإسلامي ، العدد الرابع ، أعمال المؤتمر العالمي الرابع عن الطب الإسلامي : جزء ٥ ، دور الطبيب المسلم ومسئولياته ، ١٩٨٦ ، ص ٣٩٧ .

(٢) N.J. Mazon, art. préc., n.¡0.

(٣) عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر ، ص ١٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

زوجته موافقة صريحة ومكتوبة[1] . لكن ليس هناك - حتى الآن - أي نص قانوني يشترط موافقة الزوج كشرط ضروري لإجراء عملية التلقيح . ومن ثم ، فموافقة الزوجة تخضع لمقتضيات ممارسة مهنة الطب ، بينما موافقة الزوج تخضع للقواعد العامة .

وإذا كان رضاء الزوجين يُعتبر شرطاً جوهرياً لإجراء عملية التلقيح الصناعي ، فإن رفض أحد الزوجين ، أو كلاهما ، لعملية التلقيح يؤدي إلى استحالة إجرائها . لكن حرية أحد الزوجين في رفض عملية التلقيح تبدو غير مطلقة ، أو بمعنى أدق ليست تحكمية . إذ ليس من المقبول ، ولا من المتصور ، أن يرفض أحد الزوجين التلقيح دون مُبرر . فهو - أي التلقيح - وسيلة لتحقيق الرغبة في الإنجاب لمن ليس لديه القدرة على الإنجاب الطبيعي . فيزول الإحساس بالعقم ، ويشعر الزوجين بزينة الأبوة والأمومة في الحياة الدنيا . والتلقيح - قبل ذلك - وسيلة مشروعة للإنجاب تتفق تماماً مع الدين والأخلاق فإذا وافق الزوج على إجراء عملية التلقيح ، وتأكد للزوجة عدم وجود أي خطورة عليها من جراء التلقيح ، فإن رفضها لإجراء التلقيح - رغم ذلك - يُعتبر خطأ من جانبها . كما أن الزوج ليس له - إذا وافقت زوجته - أن يرفض خصوصاً أن الأمر يتعلق بعقم وليس عجز قد تكون له مصلحة في إخفائه وقد اعتبر قضاء الموضوع في فرنسا هذا الرفض خطأ من جانب الزوج موجباً للطلاق[2] .

لكن ما هو الحل إذا تم التلقيح بالرغم من عدم موافقة أحد الزوجين ؟ يجب أن نفرق - في هذه الحالة - بين فرضين .

---

(١) مثال ذلك مركز الدراسات وحفظ السائل المنوي الإنساني ، ويسمى بالفرنسية : Centre d'études et de Conservation du sperme humaine. C.E.C.O.S. واختصارها :

(٢) Paris, 27 oct. 1959, D. 1960, P. 144.
Cass. civ., 2è. ch., 16 déc. 1963, D. 1964, P. 244.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

١ ـ عدم موافقة الزوجة :

(١٩) قد يحدث التلقيح دون رغبة الزوجة وبدون موافقتها . وهو فرض نظري إلى حد كبير . لكن من المتصور ـ عملاً ـ أن يحدث التلقيح تحت تأثير الإكراه المادي أو الأدبي ، أو حتى عن طريق الغش . فقد يكون الزوج « عقيماً » ، ويرغب . لسبب أو لآخر ـ أن يُخفي عجزه عن زوجته فيلجأ إلى الغش والخداع لإجراء عملية التلقيح .

نشير ـ بداءة ـ إلى أن هذا الإكراه ، مادياً أو أدبياً ، لا يؤثر على نسب الطفل لأبويه . فالطفل ابن لهما شرعاً وقانوناً . والعلاقة الجنسية التي تمت تحت إكراه الزوجة لا تمنع من نسب الولد لأبويه إذا حدث الحمل نتيجة لهذه العلاقة . هذا بالإضافة إلى أن الولد لا ذنب لـه فيما حـدث . إذ يستوي بالنسبة له أن يكون التلقيح قد تم رضاء أم تحت تأثير الإكراه .

(٢٠) لكن هل في الأمر جريمة يُعاقب عليها الزوج ؟ لا يمكن القول بوجود جريمة اغتصاب[١] . فالاغتصاب لا يكون بين زوجين ، فضلاً عن أنه لا يكون إلا عن طريق الاتصال الجنسي ، وليس عن طريق مجرد « حقن » السائل المنوي في رحم الزوجـة . فجريمـة الاغتصاب تقتضي تـوافر ركن الوقاع أو الجماع أي إيلاج الرجل عضو التذكير في فرج الأنثى ، وهو ما لا يتـوافر في التلقيـح الصناعي الـذي يقتصر على « حقن » النـطفة في رحم المرأة . كما أن هذا الركن لا يتحقق حتى إذا اجتمع رجل بامرأة كرهاً عنها إذا كان اجتماعهما مشروعاً . فالزوج الذي يواقع زوجته رغماً عنها لا يعد مغتصباً لها . ذلك أن له أن يواقعها بحكم عقـد الزواج ولـو رفضت ذلك وامتنعت عنه تسليم نفسها له[٢] . ومن ثم لا يُعد الزوج مرتكبـاً ـ في هذا

---

(١) راجع نص المادة ١٨٦ جزاء كويتي ، والمادة ٢٦٧ عقوبات مصري.

(٢) معوض عبد التواب ، في الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم هتك العرض ، ١٩٨٥ ، ص ٣٢٥ .

ـ سيد البغال ، الجرائم المخلة بالآداب فقهاً وقضاءً ، ١٩٨٣ ، ص ٣١١ ، فقرة رقم ٦٠٢ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفرض ـ جريمة اغتصاب من ناحية لأن المرأة التي أكرهت على التلقيح زوجته ، ومن ناحية أخرى لتخلف الوقاع أو الجماع .

أما بالنسبة لجريمة هتك العرض[1] ، فيلاحظ ، بداءة، أنها تختلف عن جريمة الاغتصاب من حيث أن الأخيرة لا تكون تامة إلا بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى ، أما هتك العرض فيكفي فيه ملامسة عورة شخص أو الكشف عنها[2] . وبالتالي يمكن القول بتوافر الركن المادي لجريمة هتك العرض وهو قيام الجاني بالكشف عن عورة المجني عليها أو ملامستها . وهو أمر يتحقق في حالة تلقيح الزوجة تلقيحاً صناعياً رغماً عنها إذ يترتب على ذلك ، حتماً ، كشف عورتها وملامستها مما يخدش حيائها . ومن المتصور بالنسبة لجريمة هتك العرض ـ بخلاف جريمة الاغتصاب ـ أن تقع من الزوج على زوجته كأن يأتيها مثلاً من دبر لأن عقد الزواج لا يسمح للرجل أن يستمتع بزوجته إلا على الوجه المأذون به شرعاً[3] .

ولا ريب في أن الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح يُعتبر مسئولاً جنائياً أيضاً مع الزوج ، لا بوصفه شريكاً فقط ، وإنما بوصفه فاعلاً أصلياً مع الزوج . وللزوجة الحق في الرجوع بالتعويض المالي على كل منهما .

بل إن الزوج قد يبالغ في غشه وخداعه ، فيقدم للزوجة سائل منوي لرجل آخر ، وذلك لكي يخفي عقمه الدائم والمزمن . فيتم التلقيح ـ حينئذٍ ـ بنطفة رجل آخر غير الزوج . والفرض هنا أخطر بكثير من الفرض السابق . لأن الطفل لا ينتسب للأب من الناحية البيولوجية . فهو إذن ابن غير شرعي . لكن الزوج يعلم بذلك قبل التلقيح ووافق عليه ، بل وسعى إليه . وتم كل

---

(١) راجع نص المادة ١٩١ جزاء كويتي والمادة ٢٦٩ عقوبات مصري.

(٢) وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية : « إن هتك العرض هو كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلى جسم المجنى عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية . ولا يشترط لتوافرة قانوناً أن يترك الفعل أثراً بالمجني عليه . . . » حكمها الصادر في ١٦ مارس ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١ ، ص ٣٨٢ ـ ٢٨ مارس ١٩٧٧ ، المجموعة السابقة ، السنة ٢٨ ، ص ٤١٠ .

(٣) سمير الشناوي ، شرح قانون الجزاء الكويتي ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٥ ، ص ٣٣٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

شيء بعلمه وإرادته ، وأخفى كل ذلك ، غشاً ، عن زوجته ، فالزوجة هي الأم ، والزوج ليس « أباً » حقيقياً ، لكن بإرادته هو دون إرادة الزوجة .

(٢١) لكن هل يستطيع الزوج ، بعد كل ذلك ، أن يُنكر نسب الولد إليه ؟ لا ريب في أن الطفل ليس من صلبه . فالزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل . لكنه كان يعلم بكل ذلك من البداية ووافق عليه بكامل اختياره . وموقف الزوج ـ هنا ـ قد يُفسر على أنه إقرار نسب الولد إليه قبل ولادته . وهو إقرار ضمني لعلمه بكافة الظروف والملابسات وسكوته عليها . ليس له بعد أن أقر النسب ، ولو ضمناً ، أن ينكره مرة أخرى . فالنفي المعتبر « هو ألا يحدث من الزوج ما يدل على الإقرار بالولد ، فإذا صدر منه ما يدل على إقراره به ثبت نسبه ولا يُعتبر نفيه »[١] . فالنسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفي بعد ذلك .

وقد يعدل الزوج عن موقفه ويرغب في إنكار نسب الولد بعد ولادته مباشرة وذلك بملاعنة زوجته[٢] . لا ريب في أن الزوج يستطيع بسهولة إثبات أن الطفل ليس ابنه حقيقة . وبالتالي فدعوى الإنكار ستؤدي ، حتماً ، إلى نفي نسب الطفل . لكن هل إقراره قبل الولادة يمنعه من نفي النسب بعد ذلك ؟ تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على تحديد « ميعاد » الإقرار . فالمادة ١٧٣ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[٣] جاء نصها عاماً دون تحديد ميعاد محدد للإقرار . ومن ثم قد يُقال أن الإقرار يقع صحيحاً سواء تم قبل الولادة أو بعدها طالما استجمع شروط صحته . أما بالنسبة للقانون المصري ، حيث يطبق الرأي الراجح في المذهب الحنفي فيما لم يرد فيه

---

(١) أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨٥ ، ص ٥٧٢ .

(٢) انظر ما يلي ، فقرة رقم ١٨٩ وما بعدها .

(٣) راجع حكمها الصادر في ٢٢ فبراير ١٩٧٨ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٩ ، ص ٥٦٨ . ويبدو أن بعض الفقه يميل إلى هذا لرأي ، انظر :
ـ بدران أبو العينين بدران ،حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٨١ ، ص ١٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

نص خاص ، فإنه يُستفاد من أحكام القضاء أن الإقرار يكون بعد الولادة مباشرة . وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية : « الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، أن يستفاد من دلالة التعبير ، أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول ، ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالمولود بعد ولادته . فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقراراً منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك . . . »[1] .

٢ ـ عدم موافقة الزوج :

(٢٢) يمكن تصور عدم موافقة الزوج على التلقيح من الناحية العملية في فرضين : أن يتم الحصول على نطفة الزوج بالتواطىء بين الزوجة والطبيب وذلك بإقناعه أن الحصول على نطفته ليس بغرض التلقيح ، ثم يقوم الطبيب بتلقيح الزوجة بها ، أو تحصل الزوجة على نطفة رجل آخر وتجري عملية التلقيح وإخفائها عن الزوج .

بالنسبة للفرض الأول ، لا يستطيع الزوج ، شرعاً وقانوناً ، أن يُنكر نسب الولد له طالما أن شروط النسب بالفراش قد توافرت . فالطفل من صلبه وهو أبيه الحقيقي ، ومن ثم فدعوى الأنكار لن تُقبل . لكن الزوج يستطيع ـ قانوناً ـ أن يرجع على الطبيب بالتعويض إذا استطاع أن يثبت توافر شروط المسئولية التقصيرية .

أما بالنسبة للفرض الثاني ، فالزوج يستطيع أن يُنكر نسب الولد له . ودعوى أنكار النسب تكون ـ هنا ـ مقبولة . لأن الطفل ، حقيقة ، ليس ابنه . ويجب أن يحدث النفي للولد حين الولادة ، أو وقت شراء ما يلزمها ، أو في أيام التهنئة بالولادة إذا كان الزوج حاضراً . أما إذا كان غائباً وجب أن يحدث

---

(١) راجع حكمها الصادر في ٢٢ فبراير ١٩٧٨ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٩ ، ص ٥٦٨ . ويبدو أن بعض الفقه يميل إلى هذا لرأي ، انظر :
ـ بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٨١ ، ص ١٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

النفي وقت علمه بها[1] . أما إذا لم ينفه في المدة المذكورة ، فإن سكوته يعتبر إقراراً بالنسب منه ، ولو نفاه بعد ذلك لا ينتفي نسبه .

(٢٣) لكن هل تعتبر الزوجة قد ارتكبت - في هذا الفرض - جريمة الزنا ؟ الفرض أن الزوجة قد تم تلقيحها بنطفة رجل أجنبي عنها دون علم الزوج الذي خدعته زوجته وغشته . لا ريب في أن الزوجة - هنا - آثمة شرعاً لأن الشريعة الغراء تُحرم على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلمه أنه ليس منه لقوله عليه الصلاة والسلام : « أي امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته » . أما بالنسبة لجريمة الزنا فقد يُقال بتوافرها على أساس أنه قد وقع انتهاك لجسد الزوجة وذلك بإقدامها على إجراء عملية التلقيح دون علم الزوج وبنطفة رجل أجنبي عنها . لكن هذا القول غير صحيح لأن جريمة الزنا تقتضي - شرعاً وقانوناً[2] - وجود اتصال جنسي بين الزوجة ورجل آخر غير الزوج . الأمر الذي لا يتوافر في الفرض الذي نحن بصدده . ومن ثم ، ليس للزوج أن يلاحق زوجته بدعوى الزنا . وليس له سوى **أن يطالب بتطليق الزوجة لارتكابها** خطأً جسيماً أو إهانة خطيرة[3] . ولعل الأفضل هو أن يتدخل المشرع لينص على اعتبار التلقيح دون موافقة الطرف الآخر جريمة خاصة يعاقب عليها القانون .

والواقع أن كافة الصعوبات التي عرضنا لها ترجع - بالدرجة الأولى - إلى غياب تنظيم تشريعي متكامل للتلقيح الصناعي بين الزوجين من حيث أحكامه وآثاره . خصوصاً أنه بدأ يجد طريقه إلى الانتشار في كل من الكويت ومصر . والأفضل - في حالة تدخل الشرع - أن ينص على ضرورة موافقة كل من الزوجين موافقة صريحة ومكتوبة . وليس هناك ما يمنع أن تكون الموافقة في شكل رسمي أمام الموثق مثلاً .

---

(١) بدران أبو العيني ، المرجع السابق ، ص ١٩ .

(٢) راجع ما يلي تفصيلاً ، فقرة رقم ١٧٤ وما بعدها .

(٣) والزنا يُعتبر ، في فرنسا ، سبباً للطلاق ، لكنه أصبح ابتداء من سنة ١٩٧٦ ، سبباً ليس قاطعاً للطلاق . إذ قد يثبت الزنا ومع ذلك يرى القاضي إمكانية استمرار الحياة الزوجية ، راجع :
J.L. Baudouin et C.L. Riou, Op. Cit., P. 48.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثالثاً : أن يتم التلقيح خلال الحياة الزوجية :

(٢٣) لا يكفي أن تجر عملية التلقيح بين رجل وامرأة تربطهما علاقة زواج مشروعة ، بل يجب ـ بالإضافة إلى ذلك ـ أن تتم عملية التلقيح بالفعل والعلاقة الزوجية ما زالت قائمة . وهو شرط ، فيما نرى ، بديهي لأن الإنجاب الصناعي لا يجب أن يختلف في شيء ، اللهم إلا في وسيلة التلقيح ، عن الإنجاب الطبيعي . ولما كان الحمل عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي يستحيل أن يحدث إلا خلال قيام الحياة الزوجية ، فكذلك الحمل عن طريق التلقيح الصناعي يجب أن يحدث ، هو الآخر ، أثناء قيام الحياة الزوجية بين الزوجين ، فإذا ما انتهت الحياة الزوجية بالوفاة أو الطلاق ، استحال ـ من ثم ـ حدوث الحمل سواء كان حملاً طبيعياً أو عن طريق التلقيح الصناعي .

لكن الحمل عن طريق التلقيح الصناعي يثير ـ في الواقع ـ بعض الصعوبات من الناحية العملية . ويرجع السبب في هذه الصعوبات إلى أن إجراءات إجراء عملية التلقيح الصناعي نستغرق ـ عملاً ـ بعض الوقت . وقد يتوفى الزوج ، أو يحدث الطلاق ، في الفترة ما بين الحصول على نطفته وبين إتمام عملية التلقيح . كما أنه يمكن ـ الآن ـ الاحتفاظ بنطفة الرجل مدة طويلة عن طريق بنوك السائل المنوي Bankes de sperme[1] . وذلك بغرض استعماله في تلقيح زوجة الرجل صاحب النطفة في الوقت الذي يختاره الزوجان بعد ذلك . وقد يتوفى الزوج قبل إجراء عملية التلقيح فيثور التساؤل ـ حينئذٍ ـ عن مدى مشروعية إجراء عملية تلقيح الزوجة بعد وفاة زوجها ، أو انفصالهما بالطلاق . وهل يحق للزوجة أن تطالب بإجراء التلقيح بنطفة زوجها المتوفى ، والتي كان قد احتفظ بها في أحد المراكز المتخصصة ؟ .

---

(١) ويحفظ السائل المنوي للرجل في آزوت سائل تبلغ درجة حرارته ١٩٦ تحت الصفر ، راجع :
A. Sériaux, Droit naturel et procréation artificielle. quelle jurisprudence, D.S., 1985, P. 53, n. 2.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجاً أودع « نطفته » لحفظها في مركز الدراسات وحفظ السائل المنوي الإنساني C.E.C.O.S في فرنسا ، واستخدامها في تلقيح زوجته بعد ذلك . لكن الزوج توفي قبل إجراء عملية التلقيح ، فطلبت زوجته من المركز تسليمها نطفة زوجها وإجراء عملية التلقيح « تخليداً لذكرى زوجها » . لكن المركز رفض الاستجابة لطلب الزوجة ، فرفعت الأمر أمام القضاء الذي استجاب لطلبها على أساس أنه : « . . . ليس في شروط إيداع وحفظ نطفة الزوج المتوفى ، ولا في تلقيح أرملته ما يمنع ذلك . كما أنه لا يتعارض مع القانون الطبيعي ، ولا مع أهداف الزواج وهو الإنجاب . . . »[1] . وهكذا أجازت المحكمة للزوجة الحصول على نطفة زوجها ، ومن ثم إجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج . لا لشيء سوى أنه ليس في القانون الطبيعي ما يمنع ذلك ، وأن الإنجاب هو أحد أهداف الزواج ! .

وقد تعرض هذا القضاء ـ بحق ـ لعاصفة من النقد[2] . من ناحية ، لأن تلقيح الزوجة بنطفة زوجها المتوفى يؤدي إلى التضحية بمصلحة الطفل من أجل الاستجابة لرغبة أنانية للأرملة (الأم) . فالطفل تيتم قبل الحمل ! . وكأن الأم قد حكمت عليه بأن يكون يتيماً بمحض إرادتها وبعلم كامل بكافة الظروف . وهو بذلك يُعتبر ضحية لسوء تصرف أمه . وسوء حظه ـ هنا ـ ليس ناتجاً عن الصدفة أو القدر ، ولكنه مسئولية والديه ، وعلى وجه الخصوص أمه .

ومن ناحية أخرى ، فإن القضاء السابق يؤدي إلى الفصل التام بين الزواج والإنجاب ، مخالفاً بذلك كافة الشرائع ، بل وقانون الطبيعة ذاته الذي

---

(١) Trib. grand, inst. de Créteil, 1er août, J.C.P., 1984, 2, 20321, note Corne, Rev. trim. dr. Civ., 1984, P. 708, obs. J. Robert.

(٢) A. Secriaux, art. préc., n. 15, 16, 17.
N. J. Mazen, art. préc., n. 14. J. R. Devichi, art. préc., P. 461.
J.L. Baudouin et C.L. Riou, Op. Cit., P. 35 et s.
Corone, note au J.C.P., 1984, 2, 20321.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

استندت إليه المحكمة في محاولة منها لتبرير حكمها . فالفطرة التي فطر الله سبحانه وتعالى الناس عليها تقضي بضرورة اجتماع الذكور وبالإناث للتوالد والتكاثر الذي يكون أساسه الزواج . وإذا كانت المحكمة قد قررت ، تأييداً لقضائها ، أن الإنجاب هو أحد أهداف الزواج ، فأين هو الزواج الذي تتكلم عنه المحكمة ؟ فقد انفصمت عراه بوفاة الزوج ، ومن ثم يختفي مع انتهائه أي رغبة في الإنجاب .

ثالثاً ، فإن القول ، من جانب المحكمة ، بأنه ليس في شروط عقد إيداع وحفظ النطفة ما يمنع تلقيح الزوجة بنطفة زوجها المتوفى هو قول غير صحيح من الناحية القانونية . لأن تلقيح الزوجة « الأرملة » بنطفة زوجها المتوفى يتعارض مع اعتبارات النظام العام والآداب . فالتلقيح سيؤدي - في هذه الحالة - إلى حدوث **حمل غير مشروع** . بل إن الشرط الذي يقضي بتسليم الأرملة نطفة زوجها بعد وفاته لإجراء عملية التلقيح هو شرط **باطل لمخالفته للنظام العام والآداب** . ومن ثم يجب إهداره كلية . ويرجع ذلك إلى أن إعمال مثل هذا الشرط يؤدي إلى نسبة طفل إلى رجل توفي قبل حدوث الحمل . فالحمل لم يحدث - هنا - إلا بعد الوفاة وانحلال رابطة الزوجية تبعاً لذلك .

رابعاً ، فالطفل ، على فرض حدوث الحمل ، لن يرث أبيه الذي توفي قبل حدوث الحمل . فقد اتفق الفقهاء[1] على أن « الحمل » يُعتبر من جملة الورثة إذا تيقن وجوده عند وفاة المورث ، وانفصل عن أمه حياً . ومن ذلك يتضح أن الجنين لا يستحق في الإرث عند ولادته حياً إلا إذا تيقن وجوده في بطن أمه وقت وفاة المورث حقيقة أو حكماً (المفقود)[2] . والفرض - هنا - أن الزوج قد توفي قبل حدوث الحمل . وقد اشترط المشرع الفرنسي في الوارث أن يكون موجوداً وقت افتتاح التركة . ومن ثم استبعد من الورثة :

---

(١) المغني لابن قدامة ، جزء ٦ ، ص ٣١٤ - نهاية المحتاج ، جزء ٧ ، ص ١٠٦ .
- حاشية ابن عابدين ، جزء ٣ ، ص ٣٧ .

(٢) راجع في هذا المعنى نص المادتين ٤٢ ، ٤٣ من قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الحمل الذي لم يُوجد وقت وفاة المورث ، والطفل الذي لم يولد حياً[1] .

خامساً، فإن الطفل لن يُنسب إلى أبيه - على فرض حصول الأرملة على نطفة زوجها المتوفي وإجراء عملية التلقيح - إلا إذا تم الوضع خلال خمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر تاريخ الوفاة في القانونين الكويتي والمصري[2] ، وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة في القانون الفرنسي[3] . وبالتالي فإن فرصة الزوجة في نسبة الطفل إلى زوجها المتوفي تعتبر ضئيلة للغاية ، إن لم تكن منعدمة إذا وضعنا في الاعتبار أن إجراءات التلقيح تستمر - عادة - فترة طويلة تتراوح ما بين شهر وستة أشهر حسب الأحوال[4] .

وأخيراً ، فإن السماح للأرملة بالتلقيح بنطفة زوجها المتوفى يؤدي إلى أن يتحول التلقيح الصناعي من وسيلة لعلاج عقم الزوجية ومساعدة الزوجين في الحصول على « ولد » إلى مجرد وسيلة لإشباع رغبة أنانية للأم « الأرملة » لإحياء ذكرى المرحوم !، حتى ولو كان ذلك على حساب الشرع والقانون[5] .

رابعاً : أن يكون هدف التلقيح الصناعي « مكافحة » عقم الزوجية :

(٢٤) يُعتبر التلقيح الصناعي وسيلة حديثة لعلاج عقم الزوجية ، أو بالأدق مكافحته بالتغلب على آثاره والحد منها . فالعقم يُعتبر ، بالمعنى الواسع ، مرضاً يجوز ، بل يجب ، التداوي منه . ومن وسائل هذا العلاج

---

(١) راجع نص المادة ٧٢٥ مدني ، وأيضاً :

J.R. Devichi, La gestation pour le Compte d'autrui, D.S., 1985, P. 151, note n. 49.

(٢) راجع نص المداة ١٧١ أحوال شخصية كويتي (بدء العمل بهذا القانون في أول أكتوبر ١٩٨٤) والمادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٣) راجع نص المادة ٣١٥ مدني .

(٤) N.J. Mazen, art. préc., n. 7 et n. 20.

(٥) وقد سمح وزير العدل في إيطاليا لزوجة أحد المحكوم عليها بالسجن ١٥ سنة بإجراء عملية التلقيح ، راجع :

Le Monde, 8 mai 1986.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التلقيح الصناعي . وبهذا المفهوم يبدو التلقيح الصناعي ـ على الأقل في بعض الحالات ـ ضرورة لا بديل عنها لإشباع الرغبة « المشروعة » في الإنجاب . فالأمومة ، وكذلك الأبوة ، رغبة طبيعية ، بل وغريزية ، في الإنسان ليس هناك ما يمنع ـ إذا أمكن ذلك ـ من إشباعها . فالغاية ، وهي إشباع الرغبة في الإنجاب ، تبرر الوسيلة وهي التلقيح الصناعي .

ومن ثم يجب أن يرتبط التلقيح الصناعي ، من حيث وجوده ، بهذا الهدف ، وبه وحده . ولا عجب في ذلك ، فالتلقيح الصناعي لم ينشأ ـ من البداية ـ إلا لهذا الغرض فقط وهو : مكافحة العقم والتغلب على آثاره . وإذا كان التلقيح الصناعي لا يؤدي إلى الشفاء النهائي من العقم ، إلا أنه يؤدي ـ عملاً ـ إلى ذات النتيجة وهي إشباع الرغبة في الإنجاب . ومكافحة العقم فقط هو الذي تُبرر اللجوء إلى التلقيح الصناعي . أما إذا كان التلقيح الصناعي يهدف لتحقيق رغبة أخرى ، فيجب ـ في اعتقادنا ـ القول بعدم مشروعيته . فالضرورة ـ دون ريب ـ تقدر بقدرها . ومن ثم ، فلا حاجة تدعو إلى اللجوء للتلقيح الصناعي إلا في ضوء هذا القدر فقط .

ولذلك فإن التلقيح الصناعي بهدف تحسين النسل eugénique يجب القول بعدم جوازه . والفرض ـ هنا ـ أن التلقيح الصناعي قد تم بين زوجين لديهم ، أصلاً ، القدرة على الإنجاب ، بهدف العمل على التحكم في النطفة بما يؤدي إلى تحسين النسل . مثل هذا الفرض غير جائز . أما تحسين النسل المصاحب لتلقيح صناعي بين زوجين ليست لديهما القدرة على الإنجاب فله حكم آخر كما سنرى فيما بعد[1] .

(٢٥) تلك إذن هي طبيعة التلقيح الصناعي ، وذلك هو هدفه : وسيلة ترمي إلى إزالة آثار عدم القدرة على الإنجاب . فالرغبة في « الولد » هي رغبة طبيعية ، فضلاً عن أنها رغبة مشروعة . فإذا استحال تحقيق هذه الرغبة

---

(١) راجع ما يلي ، فقرة رقم ، راجع أيضاً :
G. Raymond, La procrention artificiélle et le droit francais, J.C.P., 1983, 3114, n. 6.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أو الأمنية عن طريق الإنجاب الطبيعي : كان من المنطقي أن يمد المجتمع « يده » لمساعدة الزوجين المصابين بالعقم . وما التلقيح الصناعي إلا صورة من صور المساعدات الطبية التي يقدمها المجتمع لأفراده .

فإذا « حاد » التلقيح الصناعي عن هذا الهدف ، فإنه سيؤدي ليس فقط إلى استغلال الرغبة في الإنجاب لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وإنما أيضاً إلى معاملة « الطفل » كالإنتاج الموصى عليه وتسليمه بمواصفات معينة ![1] . وهو تصور غير مقبول أخلاقياً واجتماعياً . فالهدف من التلقيح الصناعي ليس إنتاج طفل بناءً على طلب أو توصية ، وإنما فقط مكافحة مشكلة العقم والتغلب على آثاره ومن أجل احترام هذه « الغاية » ، فمن الأفضل أن تقتصر صلاحية إجراء عمليات التلقيح الصناعي على بعض المراكز المعتمدة رسمياً من قبل وزارة اصحة . وأن تقتصر هذه الصلاحية على المراكز التي تتوافر لها شروط معينة تُحدد مقدماً بدقة متناهية . على أن يتم سحب ترخيص الصلاحية إذا أخل المركز ، فيما بعد ، بهذه الشروط كلها أو بعضها ، مع فرض عقوبة جنائية على المسئول .

مثل هذه الرقابة على مراكز التلقيح الصناعي من شأنها أن تضمن احترام « الغاية » التي نشأ من أجلها وفي أحضانها التلقيح الصناعي ، باعتباره ـ فقط ـ وسيلة للتغلب على آثار عدم القدرة على الإنجاب .

خامساً : أن يكون التلقيح الصناعي هو الوسيلة الوحيدة الممكنة للإنجاب :

(٢٦) ذكرنا أن العقم يعتبر مرضاً بالمعنى الواسع لهذا المصطلح ، فالجسم له صفات عضوية وحالات فيزيائية يتصف بها والخروج عنها يعتبر مرضاً . ومن ثم ، فإذا وُجد في الشخص مانع يمنعه من الإنجاب ، فإن ذلك يُعتبر حالة مرضية . والعقم ، كمرض ، يجب العمل على التداوي منه .

---

(١) Notes et etudes documentaires, étude du Conseil d'Etat, in de l'ethique ai droit, 1988, P. 54.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويمكن - من الناحية الطبية - علاج العقم بوسائل مختلفة منها التلقيح الصناعي . لمن يبقى - مع ذلك - بعض الفروق الهامة بين وسائل علاج العقم طبياً من ناحية ، والتلقيح الصناعي من ناحية أخرى . فعلاج العقم بالوسائل الطبية الأخرى تؤدي - في حالة نجاحها - إلى الشفاء التام منه ، ومن ثم إمكانية الإنجاب بالطريق الطبيعي . أما التلقيح الصناعي فلا تعتبر بالمعنى السابق ، علاجاً . فهو لا يؤدي إلا إلى التغلب على آثار العقم دون الشفاء منه . ومن ثم يجب تكرار التلقيح الصناعي كلما تجددت الرغبة في الإنجاب . ومن ناحية أخرى ، تؤدي وسائل علاج العقم في حالة نجاحها - إلى الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي ، وهو الطريق الطبيعي للإنجاب . بينما يؤدي التلقيح الصناعي إلى تحقيق الرغبة في الإنجاب دون اتصال جنسي بين الزوجين . ولا ريب أن الطريق الطبيعي بفضل ، طالما كان ممكناً ، أي طريق آخر

ولذلك نعتقد أنه لا يجب اللجوء إلى التلقيح الصناعي لإشباع الرغبة في الإنجاب إلا بعد استنفاذ كافة الوسائل الأخرى الممكنة لعلاج العقم . فإذا استحال العلاج بالوسائل الأخرى ، أمكن - حينئذٍ - اللجوء إلى التلقيح الصناعي .

ومن هنا ، فقد يكون من الملائم - في نظرنا - أن نحتفظ للتلقيح الصناعي بدور احتياطي . فلا نلجأ إليه إلا إذا كانت عدم القدرة على الإنجاب يستحيل - حسب المعايير الطبية المعروفة - التغلب عليها إلا عن طريق التلقيح الصناعي . وإذا كان التبني غير جائز شرعاً وقانوناً[1] ، فإن

(١) راجع نص المداة ١٦٧ أحوال شخصية كويتي التي ننص على أنه : « لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب . ويقول القرآن الكريم في ذلك : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعوهم لأبائهم هو أقسط عدن الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم » سورة الأحزاب ، آية ٤ ، ٥ . وراجع في ذلك :

- يوسف القرضاوي ، الحلال والجرام في الإسلام ، الطبعة الثالثة عشر ، ١٩٨٠ ، ص ٢١٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التلقيح الصناعي يُصبح بالمعنى السابق بديلاً مشروعاً للتبني لإشباع عاطفة الأمومة والأبوة . وهو بديل يفضـل بكثير التبني من حيث أن ثمـرة التلقيح الصناعي تكون من صُلب الأبوين ، على عكس التبني الذي ينسب فيه الرجل لنفسه ولداً يعرف أنه ابن غيره .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الثاني
تدخل الغير

(٢٧) ذكرنا ، فيما سبق ، أن التلقيح الصناعي قد يحدث بين الزوجين ، وقد يحدث بتدخل شخص من « الغير » . وقد رأينا أن الفرض في التلقيح الصناعي بين الزوجين أن الزوج ، بالرغم من قدرته على الإخصاب ، إلا أنه عاجز ـ لسبب أو لآخر ـ عن إيصال السائل المنوي إلى المكان المناسب في رحم زوجته حتى يستطيع أن يلتقي بالبويضة في قناة فالوب ليتم التلقيح بينهما . أما في الفرض الذي نحن بصدده الآن ، فالزوج ليس لديه القدرة على الإخصاب ، بالرغم من أنه قد يكون قادراً على إيصال السائل المنوي إلى المكان المناسب في رحم الزوجة . وقد عجز الطب عن علاج مثل هذه الحالات ، ولم يجد لها حلاً ـ لمن يرغب في الإنجاب ـ إلا بالحصول على نطفة رجل آخر . ثم يتم ـ بعد ذلك ـ حقن النطفة في رحم زوجة الرجل المصاب بالعقم حتى تلتقي ببويضة الزوجة فيتم التلقيح بينهما . فالزوج عقيم لا بذرة في مائه فيأخذون النطفة الذكرية من غيره .

وبذلك يتضح أنه في حالة عقم مَنّي الزوج azoospermie ، فإن الأمر يبدو مختلف تماماً ـ هنا ـ عن الفرض السابق . إذا لا مفر ـ في هذا الفرض ـ من الاستعانة بنطفة رجل أجنبي ، فنحن إذن أمام ثلاثة أشخاص : الزوج ، الزوجة ، « الغير » . وهذا « الغير » هو رجل أجنبي عن الزوجة تحل نطفته محل نطفة الزوج[١] . ويثير تدخل « الغير » في عملية الإنجاب كثير من المشاكل والصعوبات الخاصة سواء من الناحية الشرعية أو الأخلاقية أو الاجتماعية أو القانونية .

---

(١) C. Manuel et J.C. Czyla, Aspects psychologiques de l'insémination artificielle, simep, 1983, p. 7 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الاول

حكم تدخل الغير في الانجاب
من الناحيتين الشرعية والاخلاقية

(٢٨) إذا كان التلقيح الصناعي بماء رجل أجنبي عن الزوجة لا يربط بينهما عقد زواج شرعي ، فإنه يزج بالإنسان ـ دون شك ـ في دائرة الحيوانات ، ويُخرجه عن المستوى الإنساني ، مستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها على أساس الزواج وإعلانه . وهو في هذه الحالة يكون في نظر الشريعة الإسلامية ذات التنظيم الإنسائي الكريم « جريمة منكرة وإثماً عظيماً ، يلتقي مع الزنا في إطار واحد : جوهرهما واحد ، ونتيجتهما واحدة ، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية ، يظلها القانون الطبيعي ، والشريعة السماوية ، ولولا قصور في صورة الجريمة ، لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية ، ونزلت به كتب السماء »[1] .

وإذا كان الإسلام قد حرم التبني ، فإن التلقيح الصناعي بغير ماء الرجل على هذا الوضع يكون ـ دون شك ـ أفظع جرماً وأشد نكراً من التبني . فهذا الأخير يقتصر على أن ينسب الإنسان ولداً يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه . فالولد المتبني « نتاج » ماء أبيه ، ألحقه رجل آخر بأسرته وهو يعلم تماماً أنه ليس منها ، ويُصبح ـ بذلك ـ أحد أبنائها زوراً وبهتاناً ، وله ما للأبناء من أحكام .

---

(١) محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ ، ٣٠١ . وفي ذات المعنى راجع أيضاً يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإذا كان التبني بهذا المعنى جريمة ، فالتلقيح الصناعي بماء رجل أجنبي يُعتبر - في حقيقة الأمر - جريمتين : فهو يجمع بين التبني ، وهي إدخال عنصر غريب في النسب ، وبين جريمة أخرى وهي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد ، حيث يؤدي إلى إدخال ماء رجل أجنبي في حرث امرأة غريبة عليه . وهو ما انتهى إليه أيضاً مجلس المجمع الفقهي الأسلامي بمكة . فتلقيح امرأة بماء رجل أجنبي عنها محرم بالنظر الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها لأن البذرتين الذكرية والأنثوية فيها ليستا من زوجين(١) .

وترى الكنيسة الكاثوليكية أن التلقيح بنطفة رجل آخر غير الزوج ، أو ببويضة امرأة أخرى غير الزوجة يُعتبر غير مشروع - ويرجع ذلك - من ناحية - إلى أن الإنجاب يفقد ، أخلاقياً ، قدسيته حينما لا يكون الطفل ثمرة مشتركة للعلاقة الجنسية ، ومن ناحية أخرى ، فإن اللجوء إلى الاستعانة بنطفة رجل أجنبي لتحقيق الإنجاب يُعتبر خرقاً للعهد المشترك بين الزوجين ، ويؤدي - أخيراً - إلى حرمان « الابن » من الأبوة أو الأمومة الحقيقية حسب الأحوال(٢) .

أما بالنسبة للطائفة اليهودية ، فإن أحكام الشريعة اليهودية وتقاليدها تعارض كافة وسائل الإنجاب التي تتطلب الاستعانة بنطفة شخص أجنبي عن الزوجين لأن الطفل سيولد خارج نطاق الزواج ، وليس له ، من ثم ، نسب مؤكد وثابت . فضلاً عن أنه قد يؤدي إلى ارتكاب جريمة زنا المحارم(٣) .

ومن ناحية أخرى ، فإن مثل هذا الوضع ، على فرض وقوعه ، سيكون له آثار سلبية سيئة تنعكس بالضرورة على كافة أطراف العلاقة .

---

(١) راع القرارات التي أصدرها في دورته السابعة ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة الإنجاب في ضوء الإسلام ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨١ .

(٢) otruction de la Congrégation pour la docrine de la foi, Cahier de l'actualité réli-gieuse et sociale, 15 mars 1987, P. 29.

(٣) Tincq, Le Monde, 4 avril 1987, P. 1'2.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بالنسبة للزوج ، وهو الأب الاجتماعي أو الوهمي أو بالحلول ، فعلي الرغم من موافقته على إجراء عملية التلقيح لزوجته بنطفة رجل أجنبي ، فإن إحساسه وشعوره سيكون ـ دون شك ـ مختلفاً عن شعور الزوجة . فهي الأم الحقيقية ، بيولوجياً ، للطفل ، ومن ثم ستتعامل معه على أنه ابنها حقيقة . أما الزوج (الأب المفترض) فيصعب ـ إن لم يستحل ـ أن يُعامله ذات المعاملة . كما أنه قد يندم على موافقته ، أو يشعر بعقدة الذنب ، وقد ينعكس ذلك سلباً على معاملته لزوجته نفسها .

وبالنسبة للزوجة ، فهي وإن كانت الأم الحقيقية للطفل ، فأين هو الأب ؟ فهي إذن أم لابن دون أب حقيقي معروف ، وأب « وهمي » قبل ـ لسبب أو لآخر ـ أن يحمل صفة الأبوة وهي منه براء . فالأبوة ليست بالإرادة ، وإنما بالواقع الذي لا يملك أحد ـ بحسب لأصل ـ أن يُغيره . وقد يتغير شعور الزوجة فيما بعد ـ نحو زوجها ، بل وقد تُفكر ، ولو بطريقة لا شعورية ، من الأب الحقيقي لابنها[1] ، هذا إن لم تبحث عنه بالفعل .

أما بالنسبة « للغير » الذي أعطي « النطفة » ، فقد يبدو تصرفه هذا غير مفهوم . فهو لا يُعطي النطفة لشخص معين ، وإنما لأحد المراكز المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح للاحتفاظ بها ، واستخدامها في التلقيح عند الحاجة . وقد يبدو الأمر ـ للوهلة الأولى ـ مشابهاً للتبرع بالدم لأحد البنوك المتخصصة في ذلك لاستعماله في إنقاذ المرضى وقت الحاجة . لكن هذا التشابه الظاهري يتبدد وبمجرد استظهار « الغاية » من التبرع بكل من الدم والنطفة . فالغاية من التبرع بالدم هي ـ دون شك ـ غاية نبيلة وجليلة وهي إنقاذ مريض بين الحياة والموت . أما التبرع بالنطفة ، وإن كان في ظاهره تصرف « محمود » ، إلا أنه ، في حقيقة لأمر ، غير أخلاقي كلية . فهذا التصرف ، الذي قد يبدو في ظاهره على أنه نوع من مساعدة زوج يعاني من

---

(١) F.J. Leenhardt, Réflexion sur l'insémination artificielle, publieé in Bioéthique et Droit, préc., P. 77.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

العقم على تحقيق رغبته في الإنجاب ، يؤدي إلى إنجاب طفل من رجل وامرأة ليس بينهما علاقة زوجية مشروعة ، ونسبة هذا الطفل - رسمياً - إلى شخص يحمل اسمه ، بينما هو في الواقع ليس أبيه الحقيقي . هو - في الواقع - لم يفعل شيئاً سوى « خلق » مشاكل لا نهاية لها للزوج (الأب) والزوجة ، فضلاً عن الطفل نفسه . أما هو فقد انتحر أو اغتيل أخلاقياً ، وانحدر بإنسانيته إلى مجرد « فحل » لا يستخدم سوى في الإخصاب[1] ! .

وأخيراً ، فإن الطفل هو - دون شك - الضحية الحقيقية لمثل هذا التصرف المرزول شرعاً وقانوناً . فقد يعلم الطفل بأصله الحقيقي ، الأمر الذي ينعكس ، سلباً ، على حالته النفسية والاجتماعية . وقد يُنكر الزوج نسب لولد إليه ، ليجد الطفل نفسه فجأة دون أب حتى ولو كان « وهمياً » . وقد يعرف المتبرع بالنطفة بالطفل « نتاج » نطفته ، فيطارد الجميع : الزوج (الأب) ، الزوجة ، والطفل .

---

(١) F.J., art. préc., P. 79.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني

حكم التبرع بالنطفة من الناحية القانونية

(٢٩) رأينا أن التلقيح الصناعي بواسطة الـ IAD[1] يستلزم ـ حتماً ـ تدخل أحد الأغيار في العلاقة بين الزوجين . ويأتي تدخل هذا « الغير » من خلال الحصول على نطفته وذلك لحقنها في رحم الزوجة حتى تلتقي التقاءً طبيعياً ببويضة الزوجة ، فيتم التلقيح بينهما . ومن ثم ، فهذه الوسيلة من سائل التلقيح تفترض ـ بداءة ـ التبرع بنطفة ذكرية من جانب الغير . فما هو التكييف القانوني الصحيح لهذا التبرع ؟ وهل يكون لهذا الغير سلطة مراقبة كيفية استخدام نطفته المودعة في أحد بنوك حفظ السائل المنوي ؟ وهل يستطيع ـ مثلاً ـ أن يعارض استخدام نطفته في تلقيح إمرأة غير متزوجة ، أو امرأة مصابة بالسحاق Lesbienne ؟ نرى أن نعرض ـ بداءة ـ لطبيعة مثل هذا العمل ومدى صحته من الناحية القانونية .

أولاً : الطبيعة القانونية لإعطاء النطفة :

(٣٠) لا ريب في أن « هبة » المني تدخل في دائرة التصرفات القانونية . فهي عقد بمقتضاه يقوم رجل ، يظل مجهولاً ، بإعطاء نطفته لأحد

---

(١) وهي اختصار لمصطلح insemibnation avec donneur . وقد تم إجراء حوالي عشرة آلاف عملية تلقيح صناعي في فرنسا بهذه الطريقة خلال ١٢ سنة . وهي العمليات التي انتهت بحدوث حمل بالفعل . وسيزداد هذالعدد كلما زاد عدد المتبرعين بالسائل المنوي . لكن الملاحظ أن هذا العدد يتناقص بينما يتزايد عدد راغبي التلقيح ، اجع :

G. David, Génétique, procréction et droit, préc., p. 31.

وقد أدى ذلك إلى إعلان مراكز التلقيح الصناعي عن حاجتها للتبرع بالسائل المنوي ، راجع :

J.R. Devichi, art. préc., Rev. trim. dr. Civ. P. 462, note n. 28.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المراكز المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح وذلك بغرض استخدامها في تلقيح امرأة متزوجة يعاني زوجها من العقم ، أو حتى امرأة غير متزوجة .

يلاحظ ـ في هذا الصدد ـ أن المتبرع ـ هنا ـ لا يتبرع بنطفته لامرأة معينة بذاتها على وجه التحديد ، وإنما يقوم بالتبرع لأحد مراكز التلقيح مع بقاء شخصيته مجهولة بالنسبة للمرأة التي ستجري لها عملية التلقيح . هذا على عكس التبرع بالدم أو بالأعضاء البشرية ، التي قد يكون لشخص معين ، وهو الغالب بالنسبة للأعضاء البشرية ، وقد تكون لأحد المراكز المتخصصة في ذلك . لكن بقاء شخص المتبرع مجهولاً ليس شرطاً في التبرع بالدم أو بالأعضاء البشرية كما هو الحال في التبرع بالسائل المنوي . ومن ناحية أخرى ، فإن التبرع بالدم أو بأحد الأعضاء البشرية قد يتم مباشرة من التبرع إلى التبرع له ، أما بالنسبة للتبرع بالنطفة الذكرية فلا يكون إلا من خلال أحد مراكز التلقيح الصناعي ، ولا يحدث، عملاً ، بصفة مباشرة إلى المستفيد من التبرع .

أما بالنسة لطبيعة هذا التصرف من الناحية القانونية ، فقد يُقال ـ بداءة ـ أنه عقد « هبة » . فالمتبرع ـ هنا ـ يهب « جزء » من سائله المنوي « نطفته » . ويكون الموهوب له ، أو المستفيد من الهبة ، غير معلوم أو غير محدد . لكن هذا القول غير صحيح من الناحية القانونية . فالهبة ـ قانوناً ـ لا ترد إلا على المال . ولذلك تنص المادة ٥٢٤ مدني كويتي على أنه : « الهبة عقد على تمليك مال في الحال بغير عوض »[1] . وإذا كان المال هو كل شيء له قيمة مالية ، فإنه يصعب ، دون نص خاص ، اعتبار جسم الإنسان أو « جزء » منه مالاً . ومحل الهبة ، في الفرض الذي نحن بصدده ، ليس مالاً ، وإنما هو « جزء » من جسد الإنسان أو من نتاجه Son produit .

---

(١) راجع في ذات المعنى تقريباً المادة ٤٨٦ مدني مصري : « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض » . أما نص المادة ٨٩٤ مدني فرنسي فهو يسمح بالقول بمثل هذا التكييف . فالهبة ، في القانون الفرنسي ، لا ترد على مال ، وإنما ترد ـ بصريح نص المادة ٨٩٤ ـ على شيء . وهذا الشيء قد يكون مالاً ، إذا كان له قيمة مالية ، وقد لا يكون مالاً كالدم والسائل المنوي . هذا على فرض اعتبار « نتاج » جسم الإنسان شيئاً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وقد يُقال ، أيضاً ، أن مثل هذا التصرف هو ـ في حقيقته ـ عقد وديعة أو إيداع . والمودع ـ هنا ـ هو الغير صاحب النطفة ، والمودع لديه هو مركز التلقيح . لكن هذا التكييف لا يتفق مع جوهر عقد الوديعة وأحكامه التي حددها المشرع . فالمودع لديه يلتزم[1] بحفظ الشيء المودع ورده عيناً للمودع أو لمن يحدده . وإذا أمكن القول ، فرضاً ، أن النطفة تعتبر شيئاً يجوز ، من ثم ، أن تكون محلاً للوديعة ، فإن مركز التلقيح (المودع لديه) لا يلتزم برد النطفة إلى من تبرع بها . آية ذلك أن التبرع كان يهدف إلى استخدام « المني » في تلقيح امرأة يختارها المركز حسب المعايير الموضوعة لديه . وإذا كان المركز لا يلتزم بالرد ، فالتصرف إذن ليس وديعة .

(٣١) والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن مثل هذا التصرف هو عقد من العقود غير المسماة ذو طبيعة خاصة Sui generis . فهو وإن كان في جوهره تبرعاً ، إلا أنه ـ مع ذلك ـ يختلف عن الهبة الذي نظمه الشرع الكويتي في المواد من ٥٢٤ مدني،وما بعدها والمشرع المصري في المواد من ٤٨٦ إلى ٤٩٩ مدني .

أما أنه تبرع ، فذلك لأن المتبرع بالنطفة تبرع مجاناً ودون أي مقابل[2] . فانعدام المقابل هو إذن من جوهر هذا العقد . وهو بهذا التكييف يخضع للقواعد العامة للعقود باعتباره عقداً من ناحية ، ولأحكام عقد الهبة التي لا تتعارض مع طبيعته الخاصة باعتبارها أقرب العقود إليه .

أما أنه غير مسمى ، فذلك لأن المتبرع بالنطفة يجب أن يظل ـ على عكس الهبة ـ مجهولاً بالنسبة للمستفيد من التبرع . وهو أمر تفرضه اعتبارات تتعلق بجوهر العقد ذاته ، بل وبطبيعة عملية التلقيح بتدخل الغير ذاتها . فالطفل ، ثمرة عملية التلقيح ، لا تربطه بالمتبرع بالنطفة الذكرية أي رابطة نسب أو غيره . فهو ، أي الطفل ، يُنسب إلى زوج المرأة التي تم تلقيحها بالنطفة التي تبرع بها الغير . ويُنسب الولد ـ في هذا الفرض ـ للزوج بالرغم

---

(١) راجع نصوص المواد : ٧٢٠ مدني كويتي ، ٧١٨ مدني مصري ، ١٩١٥ مدني فرنسي .

(٢) J.R. Devichi, art. préc., Rev. trim. dr. Civ., P. 462, n. 9.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

من عدم وجود أي علاقة بيولوجية بينهما ـ ولذلك يسمى الزوج ـ هنا ـ بالأب الاجتماعي. ومن هنا يبدو بقاء المعطى « المتبرع » مجهولاً ضماناً لإستقرار الأسرة الجديدة ، بل ولسعادتها ، وحماية لها من ادعاءات البعض التي قد تسبب لها مشاكل كثيرة . وهي اعتبارات تفضل في مجموعها حق الولد ، إذا كان له بالفعل حقاً ، في معرفة حقيقة أصله[1] .

ومن ناحية أخرى ، فإن المستفيد من التبرع لا يمكن ـ بحكم طبيعة العقد ـ إلا أن يكون غير معروف وقت التبرع . وهو أمر يتفرع بالضرورة عن بقاء المتبرع مجهولاً . فإعطاء « المني » لا يكون إذن لشخص معين بالذات ، وإنما يكون التبرع لأحد مراكز التلقيح ليتولى هو اختيار المستفيد حسب الأولويات المحددة في لوائحه الداخلية . وقد لا يُستخدم « المني » في التلقيح بعد ذلك لسبب أو لآخر ، وقد لا يحدث الحمل رغم إجراء عملية التلقيح . وهو أمر يضمن ، كسابقه ، عدم التضارب في نسب الولد ، وحتى لا يكون له ـ اجتماعياً ـ سوى أب واحد فقط ، وحتى تنقطع صلة الولد كلية ، وإلى الأبد ، بصاحب النطفة .

وأخيراً فإن العلاقة بين المتبرع بالنطفة والمستفيد أو المستفيدين منها هي بالضرورة علاقة غير مباشرة ، تمر من خلال أحد المراكز المتخصصة في إجراء عمليات التلقيح أو في حفظ السائل المنوي الإنساني . فالغير يتبرع إذن بنطفته لأحد المراكز المتخصصة ، على أن يقوم هذا الأخير بتعيين المستفيد من التبرع حسب معاييره الداخلية ، فالمركز يقوم بدور الوسيط بين المتبرع والمستفيد ، حيث يبقى كل منهما مجهولاً بالنسبة للآخر . أما في عقد الهبة ، فالعلاقة بين الواهب والموهوب له هي علاقة مباشرة بحسب الأصل . وكأن التبرع بالنطفة لا يتم لصالح من يستفيد منها في التلقيح ، وإنما يتم للمركز ذاته . وليس أدل على ذلك من أن المركز قد يستخدمها في إجراء أبحاث خاصة على النطفة ، فيكون هو المستفيد من التبرع .

---

(١) Notes et études documentaires, in de l'éthique au droit, préc., P. 56.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولذلك يمكن القول أن التبرع بالنطفة يمر بمرحلتين : مرحلة تبرع « الغير » بالنطفة لأحد المراكز المتخصصة في حفظ السائل المنوي ، ومرحلة تبرع هذا المركز بالنطفة للمرأة التي ترغب في التلقيح بنطفة رجل آخر غير زوجها . ويمكن القول أن التصرف في المرحلتين هو - في حقيقته - تبرع . لكن يصعب القول باعتباره هبة لكونه لا يرد على مال وإنما على « جزء » من نتاج جسم الإنسان . كما أنه قد يصعب إخضاعه لبعض أحكام عقد الهبة كالتزام الواهب بتسليم الموهوب له الشيء الموهوب[1] إذا رفض الواهب التسليم .

ثانياً : حقوق أو سلطات المُعطى على « عطيته » :

(٣٢) إذا تم التبرع ، فيثور التساؤل حول صلة المتبرع بنطفته بعد إتمام عملية التبرع : فهل تنقطع كل صلة للمتبرع بالنطفة بعد التبرع ، أم يستطيع أن يمارس عليها نوعاً من الرقابة التي قد تكفل له بعض الحقوق ؟ وهل يستطيع المركز استخدام النطفة كما يشاء وبالطريقة التي يحددها ، أم يملك المتبرع أن يعترض على طريقة استخدام النطفة ، في التلقيح أو إجراء الأبحاث مثلاً ، أو كيفية التلقيح ، خارج الرحم أو داخله ، أو الاعتراض شخص المستفيد ؟ .

الواقع أن الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها تتوقف - بالدرجة الأولى - على الطبيعة القانونية للتبرع بالنطفة . لذلك يمكن القول أنه ليس للمتبرع أن يسترد النطفة وذلك لسبب بسيط هو أن العقد المبرم بين المُعطي ومركز التلقيح ليس وديعة حتى يمكن أن يُقال بحق المودع في استرداد وديعته ، والتزام المودع لديه برد « الشيء » المودع . وقد رأينا أن مركز التلقيح والحفظ لا يلتزم برد النطفة في نهاية مدة معينة ، وإنما يحق له استخدامها في تلقيح هذه المرأة أو تلك ، أو استخدامها في إجراء الأبحاث

---

(١) راجع نص المادة ٤٩٣ مدني مصري ، والمادة ٥٣٠ مدني كويتي .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عليها . فحق ملكية المتبرع على نطفته قد انتهى إذن بمجرد إبرام العقد ، وانتقل إلى المركز الذي تم التبرع لصالحه .

وإذا لم يكن للمتبرع ـ بعد تمام التبرع ـ حق ملكية على نطفته يمكنه من استردادها بعد ذلك ، فهل له سلطة رقابة كيفية استخدامها من قبل المركز ؟ لا ريب في أن المتبرع يستطيع أن يشترط ، وقت إبرام العقد ، ما يشاء من الشروط التي تحفظ له سلطته في الرقابة على نطفته . فالعقد شريعة المتعاقدين ، يجوز لهما ـ من ثم ـ الاتفاق على ما يرونه ملائماً من الشروط إذا لم تكن ـ بداهة ـ مخالفة للنظام العام والآداب ـ ولذلك فقط يشترط المتبرع ، مثلاً ، عدم استخدام نطفته في تلقيح امرأة غير متزوجة أو امرأة تمارس السحاق مع أخرى ، أو حقه في استرداد نطفته لإعدامها متى أراد ذلك . . . وهكذا .

مثل هذه الشروط تُعتبر ، كقاعدة عامة ، صحيحة ، ويجب ـ من ثم ـ احترامها وإعمالها بشرطين : ألا تخالف اعتبارات النظام العام والآداب من ناحية ، وألا تتعارض مع جوهر العقد ذاته من ناحية أخرى . ويترتب على ذلك ، فإن الشرط الذي يُلزم المتبرع بمقتضاه المركز باستخدام نطفته في تلقيح امرأة معينة بالذات يُعتبر ـ في نظرنا ـ شرطاً باطلاً لمخالفته **لجوهر العقد** . فقد رأينا أن طبيعة هذا **العقد** تقتضي بقاء كل من الطرفين ، صاحب النطفة والمرأة التي تم تلقيحها بها ، مجهولاً بالنسبة للآخر .

أما في حالة عدم وجود مثل هذه الشروط ، أو بطلانها ، فإن سلطة المتبرع وحقوقه على نطفته تتحدد بناءً على طبيعة العقد الذي يجمع المتبرع بالمستفيد من خلال مركز التلقيح . وقد انتهينا ، كما رأينا ، إلى أن مثل هذا التصرف هو عقد غير مسمى يخضع ـ من ثم ـ لقواعد أقرب العقود إليه فضلاً عن القواعد العامة للتصرفات بوجه عام . وإذا كانت الهبة هي أقرب العقود إلى عقد التبرع بالنطفة ، وجب ـ من ثم ـ تطبيق أحكامها بالقدر الذي لا يتعارض مع الطبيعة الخاصة والذاتية لعقد التبرع بالنطفة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وبالرجوع إلى قواعد وأحكام عقد الهبة ، نجد أنه ليس للواهب أية سلطة من أي نوع على الشيء الموهوب بعد تمام عقد الهبة . فتمام الهبة يُخرج الشيء محل الهبة من ملكية الواهب ، ولا تكون له - من ثم - أية سلطة عليه . لكن الهبة ، على عكس كثير من العقود ، تجيز للواهب الرجوع فيها بترخيص من القضاء ، وذلك إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول[1] . وهي رخصة تسمح للواهب بمراقبة تصرفات الموهوب له من بعض النواحي . فإذا جاءت تصرفات الموهوب له على عكس ما توقع الواهب ، جاز لهذا الأخير أن يطلب الرجوع في الهبة .

وبتطبيق هذاالحكم على التبرع بالسائل المنوي ، فإن المتبرع يستطيع ممارسة نوع من الرقابة ، ولو عن بعد ، على طريقة استخدام « المني » واستعماله في التلقيح . فإذا تراءى له عدم ملاءمة طريقة الاستخدام ، جاز له أن يطلب الرجوع في « العطية » إذا أثبت مبرراً معقولاً لرجوعه. وهكذا يحقق جواز الرجوع في الهبة للمتبرع بنطفته سلطة مراقبة كيفية استخدام النطفة . لكن سلطته في الرقابة على نطفته ليست مباشرة ، وإنما يمارسها من خلال حقه في الرجوع في الهبة . بعبارة أخرى ، لا يخول عقد التبرع بالسائل المنوي للمتبرع سلطة رقابة وإشراف على كيفية استخدام النطفة . لكن سلطته في الرجوع في التبرع تسمح له - بطريقة غير مباشرة - أن يراقب مصير نطفته . لكن يجب ، حتى يتمكن من الرجوع ، أن يُرخص له القضاء بذلك ، وأن يقدم لذلك عذراً معقولاً .

ثالثاً : مدى صحة التبرع بالنطفة :

(٣٣) من المبادىء المستقرة ، منذ القدم ، في علم القانون مبدأ عدم قابلية جسم الإنسان للتصرف . فجسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل[2] .

---

(١) راجع في ذلك المادة ٢/٥٣٧ مدني كويتي ، والمادة ٢/٥٠٠ مدني مصري .

(٢)

A. Decocq, essai d'une thèorie générale des droits sur la personne L.G.D.J., 1960, P. 35 et s.

layrand, d'inviolabilité de la personne humaine, 1975, n. 6 et s.Chabas, Le corps hummain et le droit, Dalloz, 1977.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإذا كان « المني » ليس جزءاً من جسم الإنسان ، فهو ـ على الأقل ـ من نتاجه ، وقد يُقال ـ من ثم ـ بخضوعه لذات المبدأ . ونظراً لارتباط هذا المبدأ باعتبارات النظام العام ، فإن كافة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان أو نتاجه بهدف تحقيق الربح تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً[1] .

لكن كثيراً من القوانين الوضعية قد أظهرت ، في مقابل ذلك ، كثيراً من المرونة في مواجهة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان أو نتاجه إذا كانت بدون مقابل وبهدف علاجي . فالغاية تُبرر ـ هنا ـ مشروعية مثل هذه التصرفات من حيث أنها لا تهدف ، من ناحية ، إلى تحقيق الربح ، وتهدف ـ من ناحية أخرى ـ إلى مساعدة إنسان يمر بظروف صعبة تهدد حياته بالخطر . ومن هذا المنطلق ، أجازت كثير من القواعد الوضعية التبرع بالدم ، والتبرع بالأعضاء البشرية[2] . فهل يمكن القول بتطبيق ذات الحكم على التبرع بالسائل المنوي ؟ فهو أيضاً ، كالتبرع بالدم وبالأعضاء البشرية ، يتم بدون مقابل وبهدف علاجي هو التغلب على مشكلة العقم والحد من آثارها .

(٣٤) وبدون الدخول في تفصيلات كثيرة سنعرض لها فيما بعد إن شاء الله[3] ، نكتفي ـ هنا ـ بإبداء بعض الملاحظات الهامة باختصار .

١ ـ ان التبرع بالمني يختلف كثيراً عن التبرع بالدم بالرغم من التشابه الظاهري بينهما . فالتبرع بالمني كالتبرع بالدم بمقدار معين لا يُعرض حياة الإنسان المتبرع للحظر ، وبالتالي فالقول بإجازة التصرف فيهما تبدو أقل صعوبة من التصرف في الأعضاء البشرية مثلاً . لكن يبقى ـ مع ذلك ـ صحيحاً أن التبرع بالدم ، أو بأحد الأعضاء البشرية ، ليست له آثار تمتد عبر

---

(١) Josserand, La personne humaine dans le Commerce Juridique. D.H., 1932, chnon., P. 1 et s.

(٢) مثال ذلك المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زرع الأعضاء في الكويت ، والقانون الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ في شأن زرع الأعضاء في فرنسا .

(٣) راجع ما يلي ، فقرة رقم ١٦٠ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الزمن ، بل ينتهي الأمر بانتهاء عملية التبرع ذاتها أما التبرع بالسائل المنوي فهو أحد عناصر خلق الإنسان . فالنطفة تمثل مع البويضة المؤنثة طرفي المقص ، لا غنى عنهما معاً لخلق الكائن الإنساني . فالنطفة إذن مصدر للحياة ، وسبب « لامتداد » البشرية عبر الأجيال المختلفة . ومن ثم فالتبرع بالنطفة تعني إعطاء « روح » المتبرع ليس فقط للمولود ، وإنما أيضاً للأم . الأمر الذي يقتضي ، بالضرورة ، تسوية هذه الآثار الناتجة عن التبرع بالنطفة الذكرية . وفي ضوء هذا الدور الهام الذي تلعبه النطفة ، فإن السماح بالتبرع بها يؤدي إلى اعتبار الإنسان كالشيء أو « الانتاج » الذي يُنتجه شخص ، (المتبرع) ليحصل عليه شخص آخر (زوج المرأة التي تم تلقيحها) . الأمر الذي يؤدي - في النهاية - إلى تشويه الطبيعة الإنسانية[1] .

٢ - أن عقد التبرع بالنطفة باطل بطلاناً مطلقاً وذلك لسببين :

أ - أن هبة « المني » ليست في حقيقتها إلا هبة للأبوة paternité[2] . ومن هنا يبدو مرة أخرى الاختلاف واضحاً وجذرياً بين التبرع بالدم أو بأحد الأعضاء البشرية وبين التبرع بالنطفة الذكرية ومن ثم يكون التبرع بالنطفة مخالفاً لمبدأ عدم قابلية الحالة الشخصية للفرد للتصرف . فالأحوال الشخصية بوجه عام قد نظمها القانون بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها ، ومن ثم لا يجوز أن تكون محلاً للتنازل بمقابل أو بدون مقابل[3] .

---

(١) A. Sériaux, art. préc., P. 56.
G. Cornu, Droit Civil, T. 2, La famille, précis Domat, 1984, n. 306.

(٢) فالنسب رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة ، لذلك لم يدعها الشارع الحكيم نهباً للعواطف والأهواء يهبها الفرد لمن يشاء ويمنعها عمن يشاء ، بل تولاها بتشريعه ، وأعطاها المزيد من عنايته ، وأحاطها بسياج منيع تحميها من الفساد والاضطراب ، راجع : بدران أبو العينين ، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون ، إسكندرية ، ١٩٨١ ، ص ٣ .

(٣) Marty et Raynaud, Droit Civil, les personnes, 3é ed., n. 809.
A. Benabent, La famille, litéc, 1982, n. 60.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ب ـ عدم مشروعية السبب : فالسبب الحقيقي من وراء التبرع بالنطفة هو إعطاء الابن ، ثمرة التلقيح ، أبوة قانونية على خلاف أبوته الحقيقية أو البيولوجية . ذلك أن تلقيح المرأة المتزوجة بنطفة رجل غير زوجها وبعلم هذا الأخير وموافقته يؤدي إلى قيد المولود ـ قانوناً ـ باسم الزوجين ، بينما هو في الحقيقة لا يحمل ، بيولوجياً ، سوى اسم الأم فقط ، ولا تربطه أي علاقة بالزوج الذي يحمل اسمه من الناحية الاجتماعية فقط .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الباب الثاني

الاخصاب في أنبوب

«La fecondation in vitro»

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(٣٥) تعتبر طريقة التلقيح بالمعنى السابق أقدم طرق الإنجاب الصناعي ظهوراً . وبالرغم من فوائدها العديدة ، إلا أنها لم تستطع التغلب على كافة أنواع العقم . ومن ثم ، لم تستطع أن تلبي رغبة كثير من الأسر التي تعاني من العقم في تحقيق رغبتها في الإنجاب والحصول على « ولد » . فهناك عقم ذكري ، وعقم أنثوي . ولكل نوع من أنواع العقم أسبابه : فقد يكون بسبب أن النطفة ذاتها ، مذكرة أو مؤنثة ، لا بذرة فيها ، وقد يرجع إلى عيوب وتشوهات في الأعضاء التناسلية . . . وهكذا .

وقد استطاعت الوسيلة الأولى علاج بعض هذه العيوب . إلا أنها لم تتمكن من علاج البعض الآخر . ويرجع السبب في ذلك إلى أن الوسيلة الأولى تفترض ـ بحكم طبيعتها ـ إجراء عملية التلقيح داخل رحم المرأة نفسها التي ترغب في الحمل . وسواء كان التلقيح بنطفة الزوج أو بنطفة رجل آخر من « الغير » . فالتقاء النطفة الذكرية بالبييضة المؤنثة يتم داخل رحم المرأة . وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يكون رحم المرأة التي ترغب في التلقيح صالحاً لإجراء عملية التلقيح ، وقادراً على الاحتفاظ بالبويضة الملقحة بعد ذلك .

ويترتب على ذلك أن الوسيلة السابقة لا تجدي نفعاً عندما تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد القناة التي تصل بين المبيض والرحم ، وتسمى قناة فالوب . حيث يستحيل ـ في هذا الفرض ـ إجراء عملية التلقيح داخل رحم المرأة بالطريقة السابقة .

وقد استطاع الباحثون ، مؤخراً ، التغلب على هذه المشكلة ، وذلك عن طريق أخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة ، ووضعهما في أنبوب طبي حتى يتم التلقيح بينهما . فالتقاء النطفة الذكرية ـ هنا ـ مع البويضة المؤنثة يتم إذن في أنبوب الاختبار ، وليس ـ كما هو الحال في الطريقة السابقة ـ داخل الرحم . ومن هنا تسمى هذه الطريقة بالتلقيح الخارجي . ثم تؤخذ البويضة الملقحة بعد ذلك في توقيت مناسب ، ليعاد زرعها في رحم المرأة صاحبة

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

البويضة[1] . وإذا كان الزوج يُعاني من عقم في نطفته ، أي لا بذرة في مائه ، فإنه يمكن الاستعانة بنطفة رجل آخر أجنبي عن الزوجة لاستخدامها في عملية تلقيح الزوجة . ويكون التلقيح ـ في هذه الحالة ـ بنطفة « الغير » . أي أن هذه الطريقة في التلقيح ، كسابقتها ، قد تكون بين الزوجين ، وقد تكون بتدخل « الغير » .

وتختلف هذه الطريقة اختلافاً جذرياً عن الطريقة السابقة سواء من حيث تعريفها ، أو من حيث أحكامها من الناحيتين الشرعية والقانونية .

---

(١) وقد وُلد أول طفل بهذه الطريقة في انجلترا سنة ١٩٧٨ . وقد أطلق عليه Louis - Brown . وتسمى هذه الوسيلة « طفل الأنابيب » Bebé - éprouvette . وهي تسمية خاطئة لأنها توحي بأن الطفل يبقى مدة الحمل بأكملها داخل أنبوب الاختبار بينما هو في الواقع لا يبقى إلا أيام معدودات داخل الأنبوب . وهي المدة الكافية طبياً لإجراء عملية التلقيح . وقد وُلد بهذه الطريقة أكثر من ثلاث آلاف طفل في العالم . راجع :

J.L. Devichi, art. préc., Rev. trin. dr. Civ., P. 467.

وقد بدأ اختبار هذه الوسيلة على الإنسان سنة ١٩٧٠ . أما الحيوانات ، فقد بدأ على الثدييات خصوصاً الأرانب سنة ١٨٩٠ والفئران سنة ١٩٥٨ . كما أنها استخدمت في مجال تربية الماشية سنة ١٩٥٠ ، راجع :

J.L. Baudouin et c›L. Riou, Op. Cit., P. 63 - 64.

وقد كان معدل نجاح هذه الطريقة في التلقيح في البداية ضئيلاً ، لكنه في تحسن مستمر بمعدل بطيء . وقد كانت نسبة النجاح سنة ١٩٨٠ حوالي ١٦،٥٪ ، ثم ارتفعت إلى ٢٨،٥٪ سنة ١٩٨٣ . وتشير الإحصائيات إلى أن إمرأة من كل سبع هي التي تنتهي عملية تلقيحها بهذه الوسيلة النهاية السعيدة بالحصول على « ولد » ، الإشارة السابقة ، ص ٦٤ .

Progés genetiques et Biologiques: effets sur la demographie et la polation, La documentation francaise, 1988, P. 38 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الاول

تعريفها وتطورها

(٣٦) وتتمثل هذه الوسيلة في سحب بويضة أو أكثر من رحم الزوجة وذلك عن طريق تدخل جراجي يسمى Laparoscopie ، بعد استثارتها بواسطة هرمونات منشطة . ثم توضع هذه البويضات في وسط[١] ملائم ومُغذٍّى في وجود نطفة الرجل . ومن ثم يتم إخصاب البويضة الأنثوية بالنطفة الذكرية . وبعد مرور بعض الوقت (تقريباً يومين ونصف) تكفي لانقسام البويضة وتكاثرها (ثمان خلايا) Cellules ، يتم نقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة التي كانت قد أُعدت خصيصاً لاستقبالها من خلال معالجة هرمونية . حينئذٍ يتكون الجنين ، ويحدث ـ كقاعدة ـ الحمل حتى تتم الولادة .

وعلى عكس التلقيح الداخلي بالمعنى السابق ، فإن التلقيح خارج الرحم « في الأنبوب » يستلزم تدخلاً طبياً على مرحلتين : المرة الأولى تسبق « سحب » بويضات المرأة من المبيض . ولزيادة فرص النجاح ، وتقليل مرات التدخل ، يتم تنشيط عملية التبييض عند المرأة تنشيطاً صناعياً وذلك بإعطائها جرعات هرمونية . ولذلك ، فإن الطبيب لا يقوم بسحب بويضة

---

(١) وقد جرت العادة على أن يكون هذا الوسط « أنبوباً » ، راجع :
J. Cohen, Aspects éthiques de la fécondation in vitro, publieé in génétique, procréation et droit, 1985, P. 478 et s.
ويجب أن تكون الظروف داخل أنبوب الاختبار مناسبة ومشابهة لتلك الظروف الرحمية من كافة النواحي ، راجع :
Notes et documentaires, in de l'éthique au droit, préc., P. 79 - 80.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

واحدة ، بل بويضات عديدة[٢] . أما المرة الثانية ، فتكون بعد إجراء عملية تلقيح البويضة الأنثوية بالنطفة الذكرية في أنبوب الاختبار . حيث يجب إعداد رحم المرأة لكي يكون جاهزاً لاستقبال البويضة الملقحة . وقبل عملية « الزرع » مباشرة يُجرى معالجة الرحم معالجة هرمونية .

ويختلف « توقيت » الزرع من مركز لآخر حسب ما يتراءى للفريق الطبي المشرف على عملية التلقيح . فالبعض يُفضل استعجال عملية الزرع ، بينما يرى البعض الآخر الانتظار بعض الوقت حتى تكتمل عملية التكاثر . كما أن بعض هذه المراكز يُفضل زرع جميع البويضات التي تم تلقيحها ، في حين يُفضل البعض الآخر زرع « بعض » هذه البويضات دون البعض الآخر .

ولا ريب أن قرار عدم زرع كافة البويضات الملقحة يؤدي إلى نتائج خطيرة على المستويين الأخلاقي والقانوني[٢] . حيث يجب تحديد مصير هذه البويضات ، وكيفية استخدامها فيما بعد ، وطريقة هذا الاستعمال .

(٣٧) وقد تطورت هذه الوسيلة في التلقيح للاستجابة لبعض مظاهر العقم الأنثوي ، خصوصاً لتلف أو تشوه أو انسداد قنوات « فالوب » trompes de Fallope . حيث يستحيل ـ في هذا الفرض ـ التقاء بويضة المرأة مع نطفة الرجل داخل الرحم ، ومن ثم استحالة حدوث الحمل بالرغم من سلامة مبيض المرأة ، وإفرازها للبويضات اللازمة لعملية التلقيح . ولا تستخدم هذه الوسيلة في التلقيح ـ حالياً ـ إلا لمواجهة مثل هذه الصعوبات . فهي إذن وسيلة لعلاج العقم الأنثوي الناشيء عن انسداد أو تلف قناة فالوب .

---

(١) وهو ما يعرف بعملية الإباضة بدلاً من انتظار البويضة التي يفرزها المبيض كل شهر . وذلك بإعطاء المرأة عقاراً جديداً (هرمون) يجعلها تفرز أكثر من بويضة في الشهر، أي تفرز عدة بويضات في المرة الواحدة. راجع: تعليق الدكتور السيد الجميلي على فتاوي الإمام الشيخ محمد متولي الشعراوي ، الفتاوي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٢) Notes études documentaires, in de l'éthique au droit, préc., P. 80.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويترتب على ذلك أن بويضة المرأة تُلقح بواسطة نطفة زوجها ، ويكون الولد بيولوجياً ابن الزوجين . حقاً أن هذه « الولد » يعيش ـ على عكس بقية الأولاد ـ بعض الوقت (٣٦ ساعة تقريباً) في بداية حمله خارج رحم أمه . لكن ذلك لا يؤثر ، إطلاقاً ، على كونه ابناً لهما ، وأنه من صلبهما .

لكن هذه الوسيلة ، التي نشأت أصلاً لعلاج العقم الأنثوي الناشىء عن انسداد قناة فالوب[1] ، يمكن استخدامها لعلاج حالات أخرى للعقم الأنثوي . مثال ذلك عدم القدرة كلية على التبييض مع القدرة على الحمل . وقد يكون العقم مشتركاً بين الزوجين ، فيتم تحوير هذه الوسيلة ، وتوفيقها مع الوسيلة السابقة لعلاج مثل هذا العقم المشترك . كأن يكون الزوج مصاباً بعقم في السائل المنوي ، والزوجة مصابة بانسداد في قناة فالوب .

وهكذا يمكن ـ عملاً ـ الاستعانة بمني رجل آخر لتلقيح بويضة الزوجة في وسط مناسب (أنبوب) ، وإعادة زرعها بعد ذلك في رحم الزوجة . لكن الولد ـ في هذه الحالة ـ يكون إبناً حقيقياً للأم فقط دون الأب ، الذي يقتصر دوره على إعطاء اسمه للولد ، ليكون بذلك أباً « اجتماعياً » . ويكون الوضع ـ هنا ـ مشابهاً تماماً لحالة التلقيح الصناعي بواسطة الغير IAD .

كما يمكن ـ من ناحية أخرى ـ الاستعانة ببويضة امرأة أخرى ، إذا كانت الزوجة تعاني من عدم القدرة على التبييض ، لكنها قادرة على الحمل . ويتم ـ حينئذٍ ـ تلقيح هذه البويضة بنطفة الزوج في وسط مناسب ، ثم يعاد زرعها في رحم الزوجة . وهذه الحالة عكس الحالة السابقة ، حيث يكون الولد بيولوجياً ابناً للأب وحده دون الأم ، الذي اقتصر دورها على الحمل والوضع فقط .

---

(١) ويلاحظ أن تكلفة إنجاب طفل بواسطة التلقيح خارج الرحم in vitro ما زالت ـ حتى الآن ـ مرتفعة للغاية . حيث تكلف العملية حسب الأحوال من ١٥٠،٠٠٠ إلى ٤٠٠،٠٠٠ فرنك فرنسي، بينما لا تبلغ تكاليف إنجاب طفل بواسطة طريقة التلقيح الداخلي سوى ١٥،٠٠٠ فرنك تقريباً ، راجع :
J.R. Devichi, art. préc., Rev. trim. de. Civ., P. 471, n. 23.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويمكن ـ من ناحية ثالثة ـ الاستعانة بنطفة رجل وبويضة امرأة وتلقيحهما في وسط مناسب ، وزرع البويضة الملقحة (النطفة الأمشاج) في رحم زوجة رجل آخر . والفرض ـ هنا ـ أن الزوج مصاب بعقم في نطفته ، أي لا بذرة في مائه ، وزوجته تعاني من عدم قدرتها على التبييض ، مع قدرتها على الحمل . وحينئذٍ تؤخذ البويضة الملقحة وتزرع في رحم هذه الزوجة . ويلاحظ أن عنصرا البويضة الملقحة (النطفة المذكرة والبويضة المؤنثة) ليسا من الزوجين . ولذلك فالطفل ليس ابنهما من الناحية البيولوجية ، ويتقصر دور الزوج على إعطاء اسمه للطفل ، والزوجة على الحمل والوضع .

وهكذا أدى تقدم وسائل الإنجاب الصناعي إلى الفصل ليس فقط بين الاتصال الجنسي والإنجاب ، وإنما أيضاً بين الأبوة والأمومة الحقيقية أو البيولوجية ، والأبوة والأمومة الاجتماعية أو القانونية . بل وتجزئة مدة الحمل ، والفصل بين عملية التلقيح من ناحية ، والحمل والوضع من ناحية أخرى . ولم يعد مجرد حمل المرأة ووضعها قرينة قاطعة على أنها الأم الحقيقية من الناحية البيولوجية ، وبعد أن كانت مثل هذه القرينة لا تقبل ـ حتى وقت قريب ـ مجرد الشك .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الثاني

حكم الاخصاب في أنبوب شرعا وقانونا

(٣٨) تُثير هذه الطريقة من طرق الإنجاب الصناعي بعض المشاكل من الناحيتين الشرعية والقانونية ، سواء من حيث حكمها ، أو من حيث بعض النتائج التي تترتب عليها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الاول

من الناحية الشرعية

(٣٩) يمكن القول ، بناءً على التعريف السابق ، أن التلقيح الصناعي خارج الرحم (في الأنبوب) يتشابه ، في أصل نشأته ، مع التلقيح الداخلي بالمعنى الذي حددناه في بعض جوانبه ، ويختلف عنه في جوانب أخرى .

أ ـ فكلاهما وسيلة لعلاج العقم . وإن كان التلقيح الداخلي يهدف ، أساساً ، لعل العقم الذكري خاصة الناشىء عن عدم قدرة الرجل على إيصال ماءه إلى المكان المناسب في رحم زوجته ، فإن التلقيح خارج الرحم invitro يهدف ، أصلاً ، إلى علاج العقم الأنثوي خاصة الناشىء عن انسداد قناة فالوب . فهما إذن يجمعهما وحدة الهدف ، ونبل الغاية ، وذلك بالعمل على تحقيق رغبة الزوجين في الإنجاب والحصول على « ولد » . وهي رغبة طبيعية ومشروعة في الوقت ذاته .

ب ـ كما أنهما يستلزمان ـ من ناحية أخرى ـ بالضرورة تدخلاً طبياً لإتمام عملية التلقيح . فالأصل في الإنجاب أن يتم التلقيح من خلال العلاقة الجنسية ، وهي عملية طبيعية تتم بعيداً عن تدخل « الغير » . بينما لا يتم الإنجاب الصناعي إلا بتدخل الطبيب المعالج الذي يوافق على إجراء عملية التلقيح .

ج ـ ويتفقان ـ ثالثاً وأخيراً ـ في أن التلقيح قد يحدث بين الزوجين ، وقد يحدث عن طريق الاستعانة بالغير . وقد يكون هذه « الغير » إمرأة كما قد يكون رجلاً . ويقتصر دوره على التبرع ببويضة أو بنطفة حسب الأحوال .

وإذا كان التلقيح خارج الرحم يتفق مع التلقيح الصناعي في هذه

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الأساسيات العامة ، إلا أنهما يختلفان في بعض التفصيلات الهامة . فالتلقيح في الوسيلة الأولى يتم خارج الرحم (في أنبوب) ، بينما يتم التلقيح في الوسيلة الثانية داخل رحم المرأة التي ترغب في الحمل . ويترتب على ذلك أن طفل الأنابيب ـ حسب التسمية الشائعة ـ يبدأ حياته ، ولو لبعض ساعات ، خارج رحم أمه ، بينما يبدأ الطفل ثمرة التلقيح الصناعي حياته في رحم أمه من اللحظة الأولى لحدوث التلقيح .

وبناءً على هذا الفارق ، يؤدي التلقيح الصناعي إلى الفصل بين العلاقة الجنسية والحمل والوضع ، بينما يؤدي التلقيح خارج الرحم إلى الفصل بين العلاقة الجنسية والوضع من ناحية ، وبين التلقيح والحمل من ناحية أخرى . وهذا العنصر قد تكون له أهميته في الحكم على شرعية التلقيح خارج الرحم . فوسيلة الإنجاب الصناعي يجب ـ حتى تكون مشروعة ـ ألا تبتعد قدر الإمكان ، عن الإنجاب الطبيعي . فالإنجاب الطبيعي يتم بين الزوجين ، وهكذا يجب أن تكون وسيلة الإنجاب الصناعي . والإنجاب الطبيعي نتيجة طبيعية للعلاقة الجنسية ، ولكن نظراً لاستحالة ذلك في بعض الحالات ، فقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية ، كما رأينا ، أن يتم إيصال ماء الرجل إلى المكان المناسب في رحم زوجته بوسيلة أخرى خلاف الاتصال الجنسي . لكن هل يجوز أن يحدث التلقيح ذاته خارج رحم الأم ؟ .

مصدر الصعوبة ، هنا ، أن التلقيح خارج الرحم يبتعد عن الإنجاب الطبيعي من ناحيتين : فهو ، من ناحية ، يتخطى العلاقة الجنسية كوسيلة لحدوث الحمل ، ويتخطى ـ من ناحية أخرى ـ حدوث التلقيح داخل رحم المرأة « الأم » . إذ أن التقاء النطفة المذكرة بالبويضة المؤنثة يتم ـ في هذا الغرض ـ داخل أنبوب الاختبار ، ومن ثم يحدث التلقيح في الأنبوب أيضاً . أما التلقيح الصناعي الداخلي ، فهو لا يتخطى فقط سوى الاتصال الجنسي ، مع حدوث التلقيح بالتقاء النطفة بالبويضة داخل الرحم (في قناة فالوب) .

(٤٠) وعلى أية حال فإنه يمكن الاعتراض على هذه الوسيلة من وسائل التلقيح الصناعي بعدة اعتراضات :

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أ ـ أنها تتيح ـ من ناحية ـ الفرصة أمام الأطباء للتحكم في جنس الجنين. وهي إمكانية قد يكون لها ـ إذا ما كتب لها الانتشار ـ آثاراً خطيرة على المجتمع بوجه عام . فالتلقيح يتم ـ كما ذكرنا ـ خارج الرحم في أنبوب الاختبار ، ثم تزرع البويضة الملقحة ، بعد ذلك ، في رحم المرأة التي ترغب في الإنجاب . وقد توصل العلماء سنة ١٩٨٤[١] إلى وسيلة طبية يستطيعون بها ، وقبل إجراء عملية التلقيح ، « تفريق » نواة الخلية المنوية المؤثرة في تحديد جنس الجنين ، بحيث لا يستخدم عند إجراء عملية التلقيح إلا الخلايا المحملة بالكروموزوم Y إذا كانت الرغبة في « ذكر » ، والكروموزوم X إذا كانت الرغبة في « أنثى » .

ب ـ وهي ـ من ناحية أخرى ـ ما زالت ، في رأي معارضيها ، في مرحلة التجارب . ولذلك فقد تكون لها آثار سلبية على أطراف التلقيح ، خصوصاً المرأ والطفل المولود . فالمرأة تخضع . كما رأينا ، للعلاج بالهرمونات مرتين لكي يمكن إتمام عملية الإخصاب . وقد يؤدي ذلك ، في المدى القريب ، إلى بلوغ المرأة سن اليأس مبكراً ، أي قبل بلوغها السن المعتادة . هذا فضلاً عن أن الإحصائيات تشير إلى أن معدل نمو أطفال الأنابيب أقل من معدل نمو الأطفال الطبيعيين[٢] .

ج ـ أن هذه الوسيلة في التلقيح تؤدي ، من ناحية ثالثة وأخيرة ، إلى الشك في الأنساب ، ومن ثم فقد تكون ذريعة للفساد[٣] . هذا مع ما للنسب في الإسلام من أهمية كبرى . إذ عليه يقوم كيان الأسرة ، وحقوق أفرادها ، والمحرمات من النساء اللاتي يحرم التزوج بهن بسبب المصاهرة أو القرابة ، ويرجع السبب في الشك في النسب بالنسبة للتلقيح خارج الرحم إلى أن إجراءات عملية التلقيح تطول لأيام ، ومع عدد راغبي الإنجاب ، فقد

---

(١) Le Mondo, 5 nov. 1985, et l'interview de :. Nakajima, par M. F. Nouchi.

(٢) J.P. Durand O.P., Le point de vue Catholique, publiée in Bioethique et Droit, préc., P. 111.

(٣) مصطفى الزرقا ، المقالة السابقة .
ـ مجلة المرأة ، طفل الأنابيب ، المقالة السابقة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يُخطىء الطبيب المشرف على التلقيح ويستبدل أنبوباً بآخر ، بل وقد يتلاعب عن عمد مسايرة منه رغبة هذا الزوج أو ذاك .

(٤١) والحقيقة ، في اعتقادنا ، أن معظم هذه الاعتراضات لها وجاهتها من الناحية العملية إلا أنه يُمكن ـ بداءة ـ استبعاد الاعتراض القائم على المخاطر التي قد تصيب الأم أو المولود بسبب حدوث التلقيح خارج الرحم . فحدوث بعض المخاطر أو الآثار السلبية هي من سمات الوسائل العلاجية بوجه عام خصوصاً الحديثة منها . وإمكانية حدوث بعض المخاطر من الناحية النظرية لا يكفي وحده سبباً لإدانة الوسيلة في مجملها من الناحية الشرعية ، ومن ثم استبعادها طبياً .

أما الخطر الحقيقي لهزء الوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي ، فيمكن ـ في نظرنا ـ في أمرين : الأول ، احتمال الشك في الأنساب ، الثاني ، إمكانية التحكم في جنس الجنين . وهو خطر يكفي في حد ذاته لإدانة الوسيلة في مجموعها ، بالرغم من نبل الغاية من ورائها . ولا يرجع سبب اعتراضنا على إمكانية التحكم في الجنين إلى اعتبارات شرعية فقط ، وإنما ، بالدرجة الأولى ، إلى ما يمكن أن يؤدي إليه من نتائج ضارة بالمجتمع بوجه عام . ويكفي دليلاً على ذلك أن إجازة التحكم في جنس الجنين يؤدي ـ في المدى البعيد ـ إلى طغيان جنس على آخر ، الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التعادل الإلهي للكون . فالأنوثة « هبة » من الله ، والذكورة « هبة » من الله لحكمة يعلمها الله سبحانه وتعالى . فالتوازن بين الجنسين ضرورة اجتماعية كفلها الله سبحانه وتعالى حتى يكون التناسل بالزواج ممكناً . ومن ثم لا ينقرض الجنس البشري . أما طغيان جنس على آخر سيؤدي إما إلى استحالة ، أو صعوبة ، الزواج إذا طغت الذكورة ، أو انتشار الزنا إذا طغت الأنوثة . وهي نتيجة تأباها ـ دون شك ـ كافة الشرائع السماوية .

أما احتمال الشك في الأنساب فهو خطر يؤدي ، إذا ما تحقق ، إلى نتائج وخيمة . ولعل هذا ما يُفسر التردد الملحوظ في الفتاوى التي صدرت

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بإجازة هذه الوسيلة من وسائل التلقيح الصناعي . مثال ذلك : « إن الأسلوب الثالث الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر ، ويتم تلقيحهما خارجياً في أنبوب اختبار ، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي ، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات ، فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى . . . »[1] . ويتحفظ البعض الآخر على القول بالإجازة ويرى وجوب الاحتياط الشديد جداً في حفظ البييضة من أن تختلط بغيرها من البييضات الملقحة ، فالكل يعلم الأخطاء التي تقع في معامل التحليل (دم وبول إلى آخره) وهي أخطاء مهما كانت حسناتها فهي لا تبلغ شناعة اختلاط البييضات الملقحة بعضها بالبعض الآخر ، فالخطأ في عينة الدم لا يتجاوز صاحب العينة التي وقع الخطأ فيها ، بينما أدنى خطأ في اختلاط بييضة ملقحة بأخرى يمتد آثاره إلى أجيال وأجيال . فإذا فُتح هذا الباب فلا بدّ أن يكون هناك رقابة شديدة جداً على من يقوموا بهذه العمليات ، وإلا فالأولى سد هذا الباب أخذاً بمبدأ سر الذريعة . . . »[2] .

(٤٢) ولذلك نرى أنه إذا كان لا بدّ من اللجوء إلى هذه الوسيلة ، واقتضت الضرورة القصوى ذلك ، فلا بدّ من توافر الشروط الآتية :

١ - يتعين مراعاة الحيطة والحذر في عدم تغيير الأنابيب أو خلط محتوياتها بملقحات أجنبية[3] . وذلك عن طريق فرض رقابة مشددة على القائمين على هذه العمليات ، وقصر صلاحية القيام بمثل هذا النوع من

---

(١) مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ، الدورة السابعة ، السابق الإشارة إليه ، ص ٤٨١ .

(٢) الشيخ بدر المتولي عبد الباسط ، آراء في التلقيح الصناعي ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨٤ .

(٣) انظر الفتوى الصادرة في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في الكويت ، جريدة الشرق الأوسط ، ٢ إبريل ١٩٨٤ وكذلك الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية ، المجلد التاسع ، ص ٣٢١٣ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التلقيح على جهة واحدة فقط تخضع لإشراف رسمي ورقابة دورية من المسئولين. ويجب وضع معايير دقيقة لانتقاء العناصر التي تصلح للعمل في هذا المجال .

٢ ـ أن يكون هدف التلقيح فقط هو مساعدة الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب ، وهي رغبة طبيعية ومشروعة ، لكن يجب ألا يتجاوز التلقيح هذه الرغبة إلى تحقيق أمور أخرى كالتحكم في جنس الجنين ، أو تحسين النسل مثلاً ، وقد انتهت ندورة الإنجاب في ضوء الأسلام إلى القول بأنه : « اتفقت وجهة النظر الشرعية على عدم جواز التحكم في جنس الجنين إذا كان ذلك على مستوى الأمة . أما على المستوى الفردي فإن محاولة تحقيق رغبة الزوجين المشروعة في أن يكون الجنين ذكراً أو أنثى بالوسائل الطبية المتاحة لا مانع منها شرعاً عند بعض الفقهاء . . في حين رأي غيرهم عدم جوازه خشية طغيان جنس على جنس »[١] .

وقد تأثرت التوصية التي صدرت عن الندوة ، إلى حد كبير ، بالخلاف الذي وقع بين الفقهاء في مسألة التحكم في جنس الجنين ، ويبدو أن الاتجاه الغالب[٢] يرى أن هذا التحكم ، أو الاصطفاء لأحد الجنسين على الآخر ، إذا ما تم بوسائل صحيحة فهو سائغ كما يسوغ الدعاء بطلب جنس معين . إذ من المقرر أن ما يحرم فعله يحرم طلبه ، وأن من شروط الدعاء ألا يسأل أمراً محرماً ، وقد سأل بني الله زكريا عليه السّلام أن يرزقه الله ذكراً ليُصبح ولياً يرث ميراث النبوة[٣] . مثل هذا المسعى إذا جاء على نطاق فردي وشخصي

---

(١) الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، المرجع السابق ، ١٩٨٣ ، ص ٣٤٩ .

(٢) عبد الستار أبو غدة ، مدى شرعية التحكم في مطعيات الوراثة ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٤٨ .
ـ حسان حتحوت ، التحكم في جنس الجنين ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٣٧ وما بعدها ، ص ١٢٣ .
ـ زكريا البري ، المناقشات ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ، ١٠٤ ـ عمر الأشقر ، المناقشات السابقة ، ص ١١٣ ، ١١٤ .

(٣) قال تعالى : ﴿ فهب لي من لدنك ولياً يرثني ﴾ ، سورة مريم ، آية ٥ ، ٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فلا غبار عليه . فهو - من ناحية - بمنأى عن توهم منافاته لحصر العلم بالأرحام في جملة الأمور الخمسة التي استأثر الله عزّ وجل بعلمها[1] . لأن حصر علم الله جل شأنه بما في الأرحام بعلم الذكورة والأنوثة فقط لا دليل عليه . وإنما يعلم الله كل ما يتعلق بما في الأرحام من حيث أجله ورزقه وصحبته وسعادته وغير ذلك من الأمور التي لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى . كما أن التحكم لا يتعارض - من ناحية أخرى - مع قدرة الله ومشيئته وأن له الخلق والأمر[2] ، ولا يعتبر تدخلاً في الإرادة الإلهية . إذ أن البشر - هنا - يفعل بقدرة الله وبمشيئته سبحانه وتعالى : ﴿ **وما تشاءون إلا أن يشاء الله** ﴾ . وكل ما يقع في هذا الصدد إنما يتم في حدود دائرة الأسباب والسنن التي أقام الله عليها الكون .

والواقع أن التفرقة بين التحكم في جنس الجنين على المستوى الفردي والتحكم على مستوى الأمة والقول بإجازته في الفرض الأول وتحريمه في الغرض الثاني هي تفرقة نظرية بحتة . فالملاحظ أن الجنس البشري بوجه عام يُفضل الذكور على الإناث . وإذا ما أجيب الأفراد إلى طلباتهم سيتحول الأمر ، في المدى القريب ، إلى ظاهرة عامة وليست مجرد رغبة أو عدة رغبات فردية . والنتيجة الحتمية لذلك هي فائض كبير في الذكور وعدد قليل جداً من الإناث . وهكذا تؤدي الرغبة الذي بدأت فردية أو شخصية إلى عالم فقير جداً في عدد الإناث . وبذلك يختل التوازن القائم بين الذكور والإناث على امتداد الدهر . وهو توازن قائم ، أصلاً ، على التعادل بين الجنسين . تلك هي الفطرة « فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله »[3] .

---

(١) ﴿ **إن الله عنده علم الساعة وينزل الغيث ويعلم ما في الأرحام ، وما تدري نفس ماذا تكسب غداً وما تدري نفس بأي أرض تموت إن الله عليم خبير** ﴾ سورة لقمان ، آية رقم ٣٤ .

(٢) ﴿ **ألا له الخلق** ﴾ سورة الأعراف ، آية رقم ٥٤ .

(٣) سورة الروم ، آية رقم ٣٠ فالنسبة بين الجنسين عند بدء الإخصاب ، أي عند التقاء الحيوان المنوي بالبويضة ، تكون ١٣٠ من الذكور لكل ١٠٠ من الإناث . وفي فترة الحمل يكون المجهض تلقائياً من الذكور أكثر من المجهض تلقائياً من الإناث . وعند الميلاد تكون النسبة ١٠١ من الذكور لكل مائة من الإناث . وفي نهاية السنة الأولى من العمر تكون النسبة ١٠٣ من الذكور لكل ١٠٠ ن الإناث . ذلك أن معدل وفيات العام الأول من الذكور تزيد قليلاً على =

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإذا كان من قواعد الشريعة الإسلامية الغراء سد الذرائع ، فالأولى أن تتم عملية التلقيح بغرض الإنجاب فقط دون أي تدخل في تحديد جنس الجنين وترك ذلك للمشيئة الإلهية . فالقول بجواز اصطفاء جنس على آخر ولو على المستوى الفردي سيفتح الباب على مصراعيه لهوى الناس . ولن تبقى محصورة في إنسان رزق بعشر إناث ويريد ذكراً . فالخطوة الأولى ستتبعها خطوات أخرى لا يعلم أحد مدى المخاطر التي ستترتب عليها . ومن ثم ، فإن فتح الباب سيكون ضرره أكثر من نفعه . ولا يكفي أن تكون الرغبة مشروعة في حد ذاتها ، بل يجب - أيضاً - ألا تؤدي إلى مفسدة .

٣ - أن يحدث الإخصاب خلال الحياة الزوجية للزوجين .

لكن ما المقصود بالإخصاب في هذا الفرض ؟ مصدر الصعوبة - هنا - أن التلقيح خارج الرحم يستلزم تدخلاً طبياً على مرحلتين : الأولى عند إجراء عملية التلقيح وذلك بالتقاء النطفة بالبويضة داخل أنبوب الإختبار ، والثانية عند إعادة زرع البويضة الملقحة في رحم المرأة التي ترغب في الحمل . ففي أي مرحلة يمكن القول بحدوث الإخصاب ؟ هل بمجرد حدوث التلقيح في أنبوب الإختبار ، أم بعد زرع البويضة الملقحة في الرحم ؟ .

لا ريب في أهمية الإجابة على التساؤل السابق من الناحية العملية . فالزوج قد يتوفى في الفترة ما بين إجراء عملية التلقيح في أنبوب الإختبار وزرع البويضة الملقحة في الرحم . فإذا قلنا بأن الإخصاب أو الحمل لا يتم إلا بعد زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة ، فإن وفاة الزوج قبل ذلك ، يعني انتهاء رابطة الزوجية قبل حدوث الحمل ، ومن ثم يجب التوقف فوراً عن الاستمرار في إجراءات إتمام الحمل . فرابطة الزوجية قد انتهت بوفاة الزوج ، ومن ثم فحدوث الحمل بعد ذلك يبدو أمراً مستحيلاً من الناحية

= معدلاتها من الإناث . وعند سن البلوغ فما بعدها تكاد النسبة تتساوى بين الذكور والإناث حتى يميل إلى جانب الإناث مرة أخرى عند الوفاة ، راجع :
- حسان حتحوت ، المناقشات ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الشرعية . إذ يشترط لحدوث الحمل أن تكون علاقة الزوجية ما زالت قائمة .

ويبدو ، في نظرنا ، أقرب إلى النطق والواقع القول بتحقق حدوث الحمل بمجرد إتمام عملية التلقيح وذلك بالتحام النطفة الذكرية بالبويضة الأنثوية داخل أنبوب الإخبار ، وما عملية زرع البويضة الملقحة إلا استمراراً للحمل واستكمالاً للمدة مع تغيير الوعاء فقط ، فالحمل لا يبدأ مع عملية الزرع ، وإنما يبدأ بمجرد التقاء البزرتين معاً ، فالأنبوب لا يتسع لنمو الجنين ، ولذا وجب إعادته إلى رحم أمه . ولذلك يكفي ـ في رأينا ـ للقول بوجود علاقة الزوجية أن تتم عملية التلقيح في الأنبوب والزوج ما زال على قيد الحياة ، حتى ولو توفي بعد ذلك ، وقبل إجراء عملية الزرع . فالإخصاب قد تحقق في حياة الزوج ، وهذا يكفي للقول بشرعية الحمل .

ويأخذ الطلاق ـ في نظرنا ـ حكم وفاة الزوج . وإذا كان من المتصور وفاة الزوج في الفترة ما بين حدوث التلقيح وزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة ، فمن المتصور أيضاً انتهاء الحياة الزوجية بالطلاق في هذه الفترة . وبالتالي ، فإن وقوع الطلاق في هذه الفترة لا يمنع من القول بتحقق الحمل بين الزوجين ، ويكون الطفل ـ من ثم ـ إبناً شرعياً لهما معاً . فالطلاق لا يعني ، إطلاقاً ، الرجوع في الحمل ، لكنه يشترط لثبوت نسب الولد لأبيه ، بعد الوفاة أو الطلاق ، أن يُولد خلال سنة (٣٦٥ يوماً) من تاريخ الوفاة أو من تاريخ البينونة حسب الأحوال[1] .

أما في حالة وفاة الزوجة ، فإن الوضع جد مختلف . ذلك أن وفاة الزوجة بعد إجراء التلقيح في الأنبوب وقبل زرع البويضة الملقحة في رحمها يعني ـ عملاً ـ استحالة استمرار الحمل . ولذلك ينتهي الأمر عند هذا الحد . ويكون وضعها ـ هنا ـ كوضع المرأة التي تتوفى وهي حامل . أما بالنسبة للبويضة الملقحة فالأمر لا يخرج عن أحد هذه الاحتمالات : إما إعدامها

---

(١) راجع نص المادة ١٧١ أحوال شخصية كويتي ، والمادة ١٥ أحوال شخصية مصري .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بتركها لشأنها لتموت وهذا هو التصور الطبيعي ، أو يتبرع بها الزوج لإجراء التجارب والأبحاث عليها[1] ، وإما أن يُفكر الزوج في استئجار رحم إمرأة أخرى تتولى حمل البويضة ووضع الطفل ليُنسب بعد ولادته له ولزوجته المتوفاة . وهو فرض سنعرض له تفصيلاً فيما بعد[2] .

(١) انظر في مدى جواز ذلك شرعاً وقانوناً ، ما يلي فقر رقم ٧٣ وما بعدها ، وراجع أيضاً :
Driectivesmédico - éthiques pour le traitement de la sterilite par fecondation «in vitro» et transfert d'embryons, Bäle, mai 1985.
بخصوص التعليمات الصادرة عن الجمعية السوسرية للعلوم الطبية .

(٢) وتُسمى بالحمل لحساب الغير ، راجع ما يلي ، فقرة رقم ٩٢ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني
من الناحية القانونية

(٤٣) رأينا أن التلقيح الصناعي خارج الرحم in vitro يختلف اختلافاً جوهرياً عن التلقيح الصناعي الداخلي من حيث أن التحام الحيوان المنوي بالبويضة يتم في أنبوب اختبار . ويترتب على ذلك أن البويضة أو البويضات الملقحة تظل عدة أيام خارج الرحم قبل زرعها فيه . فهناك إذن فاصل زمني قد يمتد إلى أسبوعين بين إتمام إجراءات التلقيح في الأنبوب وبين زرع البويضة في رحم المرأة التي ترغب في الإنجاب .

وقد يستجد خلال هذا الفاصل الزمني بعض الظروف التي تُثير بعض المشاكل من الناحية القانونية ، كما قد تكون البويضات الملقحة أكثر من المطلوب ، فيثور ـ حينئذٍ ـ التساؤل حول مصير هذه البويضات .

وقد نظمت بعض الدول وسائل الإنجاب الصناعي بوجه عام من الناحية القانونية . مثال ذلك القانون الصادر في ولاية فيكتوريا بأستراليا[١] . وقد أخضع هذا لقانون التلقيح الصناعي خارج الرحم لكثير من القيود منها أن يكون بين رجل وامرأة يجمعهما رابطة زوجية ، والانتظار مدة زمنية معينة للتأكد من وجود العقم . وقد منع هذا القانون التلقيح الصناعي بتدخل الغير IAD . وقد سار في ذات الاتجاه القانون السويدي[١] .

---

(١) Infertility (medical procedures) acte, 1984, n. 10163.
وقد صدر في ٥ مايو سنة ١٩٨٤ قانوناً مماثلاً في ولاية Nouvelle - galles du sud تحت اسم Artificial conception act .

(٢) راجع :
J.L. Baudauin et c›L. Ripu, Op. Cit., P. 73.
كما أن التعليمات الصادرة عن الجمعية السويسرية للعلوم الطبية قد حرمت هي الأخرى التلقيح بواسطة الغير سواء كان هذا الغير رجلاً أو امرأة ، راجع :
Directives médico - éthique, préc., 5 mai 1985.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما في الدول التي لم تنظم ، حتى الآن ، الإنجاب الصناعي بنصوص خاصة ، مثل الكويت ومصر وفرنسا ، فيجب إعمال حكم القواعد العامة .

المطلب الاول

التعويض عن «اعدام» البويضات الملقحة

(٤٤) رأينا أن التلقيح الصناعي خارج الرحم يمر ، من الناحية الطبيه ، بمرحلتين : إجراء عملية التلقيح في وعاء مناسب (أنبوب) ثم زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة بعد مرور مدة زمنية معينة . وإذا كنا قد انتهينا بمشروعية هذه الوسيلة من التلقيح في حالة الضرورة القصوى ، على فرض توافر بقية الشروط السابق تحديدها خصوصاً اتخاذ إجراءات مشددة لمنع اختلاط الأنساب ، فإن العقد المبُرم بين الطبيب وبين الزوجين لإجراء عملية التلقيح يكون ـ من ثم ـ صحيحاً . ويترتب على ذلك التزام كافة أطراف العقد بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه .

لكن نظراً لوجود فاصل زمني بين مرحلتي التلقيح خارج الرحم ، فقد يطرأ ما يتسبب في عدم استكمال كافة خطوات التلقيح حتى نهايتها . فقد يخشى الطبيب ، مثلاً ، عدم نجاح عملية الزرع فيرفض الاستمرار في خطوات التلقيح ، أو قد يفضل ، لأسباب أخلاقية ، عدم الاستمرار في تنفيذها . . . وهكذا .

وقد عرض الأمر على القضاء الأمريكي[١] في قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى المستشفيات قد أقدمت بإرادتها على « إعدام » بعض البويضات الملقحة خارج الرحم ، وذلك قبل زرعها في رحم الزوجة صاحبة البويضة . أي أن المستشفى بعد أن وافقت على إجراء عملية التلقيح ، وبدأت بالفعل

(١) L'affaire Del Zio c/Manhattan Columbia presbyterian medical Centre, NY, 2 d, 1974, 3588, Cité par J.L. Baudouin et c›L. Riou, Op. Cit., P.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

في المرحلة الأولى وهي تلقيح النطفة والبويضة في أنبوب الاختبار ، عادت ورفضت زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة . وقد عللت المستشفى رفضها بأسباب أخلاقية من ناحية ، ولأن إدارة المستشفى كانت تخشى مخاطر الزرع من ناحية أخرى . وكأن إدارة المستشفى قد فضلت عدم تنفيذ التزامها على تحملها نتائج المخاطر التي قد تترتب على عملية زرع البويضة في رحم الزوجة .

وأمام هذا الموقف من جانب إدارة المستشفى ، لم يجد الزوجان صاحبا البويضة الملقحة مفراً من مطالبة إدارة المستشفى قضائياً بتعويضهما عن الأضرار التي لحقت بهما من جراء الرفض . وقد استجابت المحكمة لطلب الزوجين ، وقضت لهما مبلغ معين على سبيل التعويض عن الضرر الأدبي الناشيء عن تفويت فرصتهما في أن يُصبحا أبوين .

(٤٥) ولنا على القضاء السابق بعض الملاحظات :

١ ـ الأصل أن مسئولية الطبيب الذي يختاره المريض لعلاجه مسئولية عقدية[١] . إلا أن الوضع يختلف بالنسبة لطبيب المستشفى عموماً ، إذ يجب التفرقة ـ في هذا الصدد ـ بين مسئولية طبيب المستشفى العام ومسئولية طبيب المستشفى الخاص . وقد ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى أن طبيب المستشفى العام لا يُسأل إلا على أساس المسئولية التقصيرية[٢] . إذ لا يمكن القول أن المريض قد اختار الطبيب حتى يمكن افتراض وجود اتفاق ، ولو ضمني ، بينهما ، وعلاقة المريض بالطبيب ـ هنا ـ ذات طبيعة إدارية أو لائحية تتحدد ، بالتالي ، بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي الذي يديره المستشفى . ويطبق القضاء ـ عند تحديد مسئولية المستشفى عن الضرر الذي يُصيب المريض ـ قواعد المسئولية التقصيرية[٣] .

---

(١)ـ نقض مصري ، الدائرة المدنية ، ٢٦ يوليو ١٩٦٩ ، جموعة أحكام النقض ، السنة ٢٠ ، ص ١٠٧٥ .

(٢) راجع حكمها السابق الإشارة إليه الصادر في ٤ يونيه ١٩٨٠ .

(٣) نقض مصري ، ٢١ ديسمبر ١٩٧١ ، السابق الأشارة إليه . أما عن علاقة الطبيب بالمستشفى ، فالراجح اعتبار الطبيب تابعاً للمستشفى الذي يعمل به . ومن ثم ، يلتزم الطبيب بالتضامن مع وزرة الصحة بدفع كل التعويض للمضرور .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما المستشفيات الخاصة ، فإن لجوء المريض إليها يكون ، عادة ، بناءً على عقد ، ومن ثم تكون مسئولية المستشفى ـ هنا ـ مسئولية عقدية .

ولم يتضح من الحكم السابق طبيعة المستشفى المرفوعة عليها الدعوى من قبل الزوجين . فإن كانت مستشفى عام ، فمسئوليته الطبيب تكون مسئولية تقصيرية، وإن كانت مستشفى خاص فمسئوليته تكون عقدية. وإن كنا نرجح أن المستشفى المدعى عليها هي مستشفى خاص لأن التلقيح الصناعي لم ينتشر بعد إلى الدرجة التي يمكن ممارسته من قبل المستشفيات العامة . فضلاً أن عملية التلقيح مكلفة من الناحية المالية للغاية ، وتحتاج إلى دقة ومهارة خاصة لا تتوافر إلا في قلة من المستشفيات الخاصة .

٢ ـ ونظراً لأننا نرجح أن المستشفى المدعى عليها هي مستشفى خاص ، فإن التزامها بإجراء عملية التلقيح هو التزام عقدي ناشىء عن العقد المبرم بينها وبين الزوجين . ومن المسلم دون خلاف أن العقد[1] ، أي عقد ، شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو بواسطة القاضي في الأحوال التي يُجيز له القانون ذلك[2] . ومن ثم ، فإن إدارة المستشفى تلتزم ، بمقتضى العقد ، باستكمال خطوات عملية التلقيح والسير فيها حتى نهايتها . فإن هي رفضت التنفيذ ، انعقدت على رأسها المسئولية ، ومسئوليتها ، هنا ، مسئولية عقدية نظراً لإخلالها بالتزام مصدره العقد .

٣ ـ إن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يُعتبر في حد ذاته خطأً موجباً للمسئولية ، ولا يدرأها عنه إلا إثبات القوة القاهرة أو خطأ الدائن[3] . إلا أنه يجب ، في هذا الصدد ، التفرقة بين ما إذا كان التزام المدين الناشىء عن العقد التزاماً بتحقيق نتيجة أو غاية معينة ، أو التزاماً ببذل عناية للوصول

---

(١) راجع نص المادة ١٩٦ مدني كويتي ، والمادة ١/١٤٧ مدني مصري .

(٢) مثلا ذلك : الظروف الطارئة (م ١٩٨ مدني كويتي ، ٢/١٤٧ مدني مصري) ، الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م ٨١ مدني كويتي ، ١٤٩٢ مدني مصري) .

(٣) نقض مصري ، الدائرة المدنية ، ١٠ مارس ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة السادسة ، رقم ١٠١ ، ص ٧٦٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

إلى تحقيق غرض معين سواء تحقق هذا الغرض أم لم يتحقق[1] . ومن ثم ، يكون مجرد عدم تحقق الغاية في الالتزام بتحقيق نتيجة خطأً موجباً للمسئولية ، أما في الالتزام ببذل عناية ، فيتمثل الخطأ في عدم بذل العناية المطلوبة لتحقيق الغاية التي تعهد بها[2] .

ولا ريب في أن الطبيب لا يلتزم ، في حالة التلقيح الصناعي ، بتحقيق نتيجة معينة . فهو لا يلتزم بتحقق الحمل . وإنما يلتزم فقط ببذل العناية اللازمة لإتمام عملية التلقيح بنجاح . وفي سبيل تحقيق هذا الهدف ، عليه أن يبذل العناية الواجبة واليقظة المطلوبة لتحقيقه والتي تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب[3] .

٤ ـ في ضوء هذا المفهوم ، فإن رفض إدارة المستشفى إتمام عملية التلقيح ، ورفضها زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة يُعتبر خطأً موجباً مسئوليتها ، فالأمر لا يتعلق بمدى العناية واليقظة التي يجب على المستشفى أن تبذلها في سبيل تحقق الحمل ، وإنما برفض المستشفى ، أصلاً ، تنفيذ التزامها .

وقد يرى المدين (الطبيب) أن إجراء العملية الذي كان قد اتفق عليها قد يضر بالمريض ضرراً جسيماً ، أو أن نسبة نجاحها ، في ظل المعطيات الطبية والواقعية ، ضئيل للغاية ، فهل يُعتبر رفضه تنفيذ التزامه في هذه الحالة ـ خطأً موجباً مسئوليته ؟ لم تقتنع المحكمة بالأسباب التي قدمتها إدارة

---

(١) راجع في التفرقة بينالالتزام بغاية والالتزم بوسيلة : سليمان مرقس ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٨٤ ، ص ٣٧٢ .
ـ محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) والعناية المطلوبة هي أصلاً عناية الرجل المعتاد . وإن كان يجوز الخروج على هذا الأصل بنص القانون أو اتفاق الطرفين . مثال ذلك في القانون المدني الكويتي : ٦٥٦٢ (عارية) ، ٧٠٥ (وكالة) ، ٧٢٢ (وديعة) ، وفي القانون المدني المصري : م ٦٤١ (عارية) ، ٧٠٤ (وكالة) ، ٧٢٠ (وديعة) .

(٣) R. Merger, L'insemination artifacielle, J.C.P., 1957, 1, 1389.
ـ تمييز كويتي ، ٤ يونية ١٩٨٠ ، مجلة إدارة الفتوى والتشريع ، ١٩٨٢ ، ص ١٤٣ ، تعليق أحمد شرف الدين .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المستشفى لتبرير رفضها الاستمرار في عملية التلقيح ، ولذلك اعتبرت رفضها تنفيذ التزامها خطأ يوجب مسئوليتها .

٥ ـ لا يكفي لانعقاد مسئولية المستشفى قبل الزوجين أن يثبت ارتكابها خطأ ما ، وإنما يجب ، بالإضافة إلى ذلك ، أن يُصاب الزوجين بضرر من جراء خطأ المستشفى . ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه العقدي . فقد لا ينفذ المدين التزامه ، ولا يُصاب الدائن ـ مع ذلك ـ بضرر بسبب ذلك . ولذلك يجب على الدائن إثبات وجود هذا الضرر . فالضرر ركن من أركان المسئولية ، عقدية كانت أم تقصيرية ، وثبوته شرط لازم لقيامها ، وللحكم بالتعويض تبعاً لذلك[1] .

فما هو الضرر الذي وقع على الزوجين في الفرض الذي نحن بصدده ؟ قد يكون الضرر مادياً إذا أصاب المدين في ماله أو في جسمه ، وقد يكون أدبياً إذا أصاب المدين في شرفه أو عرضه أو عاطفته وشعوره . . . وهكذا . ولا ريب في أن البويضة الملقحة التي « أعدمتها » إدارة المستشفى ليست مالاً للزوجين ، كما أنها ليست « جزءاً » من جسدهما . إذن فإعدام البويضة الملقحة لا يمثل ضرراً مادياً أصاب الزوجين . لكنه ، في المقابل ، فوّت عليهما الفرصة في أن يُصبحا يوماً أبوين ، وهي رغبة عزيزة وأمنية غالية بالنسبة لهما . وقد ترتب على تفويت الفرصة إصابتهما بحالة نفسية سيئة ، وشعورها بالهم والحزن . وهو ضرر أدبي رأت المحكمة في حكمها السابق تعويض الزوجين عنه .

---

(١) نقض مصري ، الدائرة المدنية ، ٣٠ مايو ١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٣ ، رقم ١٠٦ ، ص ٧١٦ ويُستثنى منذ لك فوائد النقود ، حيث يستحق فوائد التأخير ، قانونية كانت أم اتفاقية ، دون حاجة لإثبات الضرر من جانب الدائن . بل لا يجوز للمدين، لكي يتلخص من مسئولية ، أن يثبت أن الدائن لم يلحق به أي ضرر (م٢٢٨مدني مصري) . أما في القانون المدني الكويتي ، فلا يجوز تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به (م ٣٠٥ مدني) .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المطلب الثاني

الوضع القانوني والشرعي للبويضات الملقحة

(٤٦) يؤدي حدوث التلقيح خارج الرحم إلى بقاء البويضات الملقحة مدة زمنية معينة قبل زرعها في رحم المرأة الراغبة في الإنجاب ، ونقصد ، على وجه التحديد ، المدة من تاريخ حدوث التلقيح إلى تمام عملية الزرع . إذ يثور التساؤل ، حينئذٍ ، عن الطبيعة القانونية « للحميل » embryon في هذه الفترة . وهل يُعامل « الحميل » في هذه الفترة نفس المعاملة المقررة شرعاً وقانوناً للجنين وهو في بطن أمه ؟ وما هو مصير « الحميل » إذا لم تتم ، لسبب أو لآخر ، عملية زرعه في رحم الأم ؟ وإذا كان الراجح في الشريعة الاسلامية أن للجنين حرمة ، وهو معصوم الدم منذ اليوم الأول للحمل ، وأن الشرع ، وكذلك القانون ، قد قرر له بعض الأحكام التي تحقق حماية الجنين طوال فترة الحمل وهو في بطن أمه وقبل ولادته[1]، فهل تطبق ذات الأحكام على « الحميل » حتى قبل زرعه في رحم أمه ؟ قبل أن نحاول الإجابة على كل هذه التساؤلات ، يحسن أن نحدد ـ بداءة ـ وضع المشكلة .

الفرع الأول
وضع المشكلة

(٤٧) رأينا أن الإنجاب بواسطة التلقيح في وسط مناسب (أنبوب) يقوم ، أساساً ، على إجراء عملية التلقيح ذاتها خارج الرحم . ومن ثم ، فإن

---

(١) راجع في ذلك بالتفصيل:
ـ عبد الله بالسلامة، الحياة الانسانية داخل الرحم، بدايتها ونهاياتها، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥، ص ١٧٨ .
ـ محمد نعيم، ياسين، بداية الحياة الإنسانية ونهايتها في ضوء النصوص الشرعية واجتهادات علماء المسلمين، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة الثانية، العدد الرابع، ١٩٨٥ .
ـ حسن الشاذلي، حق الجنين في الحياة في الشريعة الاسلامية، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ص ١٥٠ ومابعدها ١٩٨٣، (ص٣٩٤).

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عملية التلقيح تقتضي ضرورة سحب أو شفط بويضة من مبيض الزوجة التي ترغب في الإنجاب ، وذلك بالاستعانة بمنظار البطن أو بواسطة جهاز الموجات فوق الصوتية (السونار) . ثم تلقح هذه البويضة في الأنبوب بمني الزوج . حتى إذا ما تم الإخصاب وأخذت البويضة الملقحة في النمو والانقسام أعيدت إلى تجويف الرحم . فإذا حدث العلوق في جدار الرحم بإذن الله نما الجنين بعد ذلك كما يحدث تماماً في الحمل الطبيعي .

ومن المعروف علمياً أن نسبة نجاح البويضات الملقحة السليمة في العلوق في جدار الرحم تتناسب طردياً مع عدد البويضات الملقحة التي تم زرعها . فإذا تم زرع بويضة ملقحة واحدة كانت نسبة النجاح ١٥٪ ، وتزيد إلى ٢٣٪ عند زرع بويضتين ، ترتفع إلى ٣٠٪ إذا تم زرع ثلاث بويضات ملقحة[١] ، ولا تزيد نسبة العلوق عن ذلك مهما زاد عدد البويضات المزروعة . لكن تزداد فرصة إنجاب التوائم وما يحمل ذلك من مخاطر للأم وللأجنة على السواء .

لكن الصعوبة أن المرأة لا تفرز عادة ، كل دورة شهرية ، سوى بويضة واحدة . وقد يستدعي الأمر كثرة التدخل الطبي لسحب بويضة كل شهر ، خصوصاً أمام احتمال فشل عملية التلقيح لمرة ، بل ولمرات متعددة . وللحصول على ثلاث بويضات ملقحة وسليمة لزرعها في رحم الزوجة ، يجب أن نحصل على عدد أكبر ، ربما ضعف هذا العدد ، من البويضات من مبيض المرأة .

ولذلك ، وبدلاً من انتظار بويضة واحدة كل شهر ، فقد لجأ الأطباء إلى ما يُعرف بعملية « الإباضة »[٢] ، وذلك بإعطاء المرأة هرمونات منشطة

---

(١) راجع : د. مأمون الحاج على إبراهيم ، البويضات اللقحة الزائدة عن الحاجة ماذا نفعل بها؟ الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ثالثاً : الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية ، ١٩٨٧ ، ص ٤٥٠ وما بعدها .

ـ د. عبد الله حسن باسلامة ، مصير الأجنة في البنوك ، مقالة منشورة في المرجع السابق ، ص ٤٤٠ وما بعدها .

(٢) تعليق د. السيد الجميلي على كتاب الفتاوي للشيخ محمد متولي الشعراوي ، السابق الأشارة إليه ، ص ٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

للمبيض يجعلها تُفرز عدة بويضات في المرة الواحدة (من ثمان إلى ثمان عشرة بويضة) . وهكذا أمكن للأطباء تلقيح أكثر من بويضة لاستخدامها في عملية إعادة الزرع المتعدد (ثلاث) ، وإذا ما فشلت المحاولة الأولى ، أمكن تكرار عملية الزرع ، حتى يكتب الله سبحانه وتعالى النجاح لإحدى المحاولات . وبذلك يمكن اختصار كثير من الوقت والنفقات[1] .

فإذا شاءت إرادة الله جلت قدرته أن تنجح إحدى البويضات التي أعُيد زرعها في العلوق في جدار الرحم ، فإن التساؤل يثور - حينئذٍ - عن مصير بقية البويضات الأخرى التي تم تلقيحها تحسباً لتكرار عملية الزرع ، وفساد جزء منها قبل زرعه . وأمام اتجاه الواقع إلى تلقيح كثير من البويضات ، فقد توصل العلماء إلى تطوير عملية الحفظ ، وأصبح من الممكن ، حالياً ، تجميد البويضات الملقحة الزائدة Surnuméraires عن الحاجة لمدد زمنية طويلة دون أن تتأثر ، أو حتى تضعف ، قابليتها للحياة[2] .

وهكذا ، فإن الممارسة العملية للتلقيح خارج الرحم in vitro قد أفرزت كثير من المشاكل القانونية والشرعية لم تكن في الحسبان . ولعل أول هذه المشاكل وأهمها هي الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة قبل زرعها في الرحم ، وما إذا كانت تعتبر جنيناً أم لا وما يترتب على ذلك من أحكام . ولا ريب في أن تحديد الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة في هذه الفترة يتوقف عليه تحدد مصير هذه البويضات . ولذلك نرى أن نعرض باختصار لطبيعة البويضة الملقحة ، ثم للمصير الذي ينتظرها .

---

(١) خصوصاً أن تكلفة هذه الوسيلة للإنجاب الصناعي مرتفعة جداً ، حيث تتكلف العملية ما يقرب من ١٥٠،٠٠٠ إلى ٤٠٠،٠٠٠ فرنكاً فرنسياً تقريباً .

(٢) Notes et études documentaires, in de l'éthique au droit, Op. Cit., P. 80.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفرع الثاني

طبيعة البويضات الملقحة

(٤٨) بالرغم من اختلاف الفقهاء ، حول مسألة بداية الحياة الانسانية في الجنين ، إلا أنهم جميعاً متفقون على أن للجنين حرمة ، وأنه منذ تكوّنه كائن حي ونفس محرمة ، يجب حمايتها من الاعتداء عليها منذ بداية الحمل . وأن للجنين وجود حقيقي يكفل له ، من بداية حياته ، بعض الحقوق ، وحجز نصيبه في الميراث ، وصحة الوصية له ، والوقف عليه . وقد أوجب جمهور الفقهاء الغرة في الجناية على الجنين ، وإن كان بينهم خلاف حول إيجابها في الجنين الذي لم يتخلق[١] .

والسؤال الآن : هل تعتبر البويضة الملقحة ، قبل زرعها في رحم الزوجة ، جنيناً ؟ لا ريب في أن القول باعتبار البويضة الملقحة في هذه المرحلة جنيناً يؤدي ، بالضرورة ، إلى ترتيب الأحكام الآتية .

١ ـ وجوب الغرة على من أتلف « بويضات ملقحة » في أنبوب اختبار . فالإسلام قد شرع عقوبة مالية أسماها « الغرة » على من أنزل أو أسقط جنيناً . وإذا كانت البويضة الملقحة تعتبر جنيناً ، فإن من يتلفها أو يعدمها يلتزم ، عقلاً ومنطقاً ، بعشر الدية (الغرة)[٢] .

٢ ـ حجز نصيب « البويضة الملقحة » في الميراث إلى أن يتقرر مصيرها . فالرجل إذا توفى عن زوجة حامل ، ولو في الأيام الأولى من الحمل ، فلا يجوز التصرف في تركته قبل حجز نصيب الجنين حتى ولادته

---

(١) د. عبد الله باسلامه، المقالة السابقة، ص٤٤٤ ـ د. حسن الشاذلي، المقالة السابقة، ص ٣٩٦
ـ صالح موسى شرف، بدء حياة الإنسان في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥، ص ١٨٤ ومابعادها.

(٢) راجع بحث لنا بعنوان «الطبيعة القانونية للجنين»، مجلة المحامي، الكويت، ١٩٩٠، ص ٧ ومابعدها.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

حياً . ويُحجز له أوفر النصيبين باعتباره ذكراً . ويجب ، من ثم - تطبيق ذات الحكم على البويضة الملقحة في الأنبوب إذا اعتبرناها جنيناً .

ويبدو أن البعض يؤيد ، بالفعل ، هذا التحليل بقوله : « والواقع أن الشريعة السمحاء قد حمت الأجنة . . . فقد جعلت الغرة حقاً للجنين وهو في أبكر أدواره ، فقيل لو أن امرأة ألقت بضعة أو دماً أو غير ذلك مما لو عرض على ثقات ، وشهدوا بأن فيه خلقاً أو بداية خلق آدمي ، لو بقي لتصور فإن الجاني مسئول . ومن هذا يمكن الاستدلال على أن الشرع قد كفل حق الجنين منذ اللحظة الأولى ، وهو في طور الانقسام ، وهي أنبوبة . . . » . وقد استدل هذا الجانب من الفقه بقول الإمام الغزالي رحمه الله : « في ذلك جناية على موجود حاصل . . . والموجود له مراتب ، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة ، وإفساد ذلك جناية ، فإذا صارت نطفة معلقة كانت الجناية أفحش».

وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن البويضات الملقحة الزائدة ، في عملية طفل الأنابيب ، هي في الواقع أجنة في بالعرف العلمي والشرعي . . وبما أنها أجنة فلها حرمة وكرامة ويجب أن لا يعتدي عليها بالوأد (الإعدام) ، ولا بالنقل إلى الغير (الرحم الظئر) ، كما يجب أن لا يكون عرضة للتجارب العملية ، فهذه التجارب قد تكون بداية كارثة إنسانية »[1] .

وقد يُعزز هذا القول اعتبارات المنطق . فالقول بأن البويضة الملقحة في بطن الأم لها حرمتها من وقت التحام النطفة الذكرية بالبويضة المؤنثة ، ومن ثم حدوث الإخصاب ، يعني - منطقياً - أن هذه النطفة ذاتها يجب أن تكون لها نفس الحرمة خارج البطن (في الأنبوب) . فالحرمة إذا كانت تبدأ من وقت التلقيح ، فيستوي بعد ذلك أن تكون النطفة الأمشاج (الملقحة) داخل الرحم أو خارجه . و « مكان » النطفة الملقحة لا يجب أن يؤثر على

---

(١) عبد الله باسلامة ، المقالة السابقة ، ص ٤٤٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

حكمها من حيث القول بالحرمة من عدمه[١] .

لكن الغالبية العظمى[٢] من الفقهاء لا يؤيدون التفسير السابق ، وذهبوا إلى أن البويضة الملقحة في أنبوب الاختبار لا تأخذ حكم الجنين في بطن أمه ، ولا تعتبر جنينياً بالمعنى الشرعي إلا من تاريخ إعادة زرعها في رحم الزوجة التي ترغب في الإنجاب . واعتمدوا في ذلك على ما يلي :

١ ـ أن الجنين هو المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة . وهذا ما يؤيده معنى كلمة جنين ، فإنها راجعة إلى الاستتار المتحقق بهذا المعنى ، ومنه المجنون لاستتار عقله ، والجان لاستتاره عن أنظار الناس[٣] . فالجنين إذن في أصل اللغة هو المستور في رحم أمه بين ظلمات ثلاث : « يخلقكم في بطون أمهاتكم خلقاً من بعد خلق في ظلمات ثلاث »[٤] ، وفي ذلك يقول القرطبي في تفسيره أن الجنين هو الولد ما دام في البطن لقوله تعالى : ﴿ **وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم** ﴾[٥] . وكذلك صاحب الروضة البهية : « الجنين هو الحمل في بطن أمه وسمى به لاستتاره فيه من الاجتنان وهو الستر »[٦] .

ولهذا يمكن القول ، بناءً على ذلك ، أن حرمة البويضة الملقحة مرتبط بمكان وجودها ، فقيمتها وحرمتها إنما تكون إذا كانت في الرحم ، إذ لذلك سُمي جنيناً . أما البويضة الملقحة خارج الرحم فلا تعتبر ـ بهذا المعنى ـ جنيناً . فالجنين لا يكون إلا في بطن أمه .

---

(١) الشيخ محمد مختار السلامي ، المناقشات ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٧ ، ص ٧٣٢ .

(٢) د. مأمون الحاج علي إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٤٥١ ـ الشيخ الغزالي ، الشيخ عز الدين الخطيب ، الشيخ بدر المتولي ، د. أحمد شوقي ، المناقشات السابقة ، ١٩٨٧ ، ص ٧٢٥ وما بعدها .

(٣) راجع في تعريف الجنين ، محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ٣١ .

(٤) سورة الزمر ، آية ٦ .

(٥) سورة النجم ، آية ٣٢ ، راجع كذلك الجامع الأحكام القرآن ، جزء ٧ ، ص ١١٠ .

(٦) الروضة البهية فى فقه الشيعة الجعفرية ، جزء ٢ ، ص ٤٤٤ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

٢ ـ أن الحمل ، من الناحية العملية[١] ، هو اندغام البويضة المخصبة في أنسجة الرحم . والاندغام هو علوق البويضة الملقحة بجدار الرحم . وهذه المرحلة لا تتم إلا بعد زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة الراغبة في الحمل . أما قبل ذلك ، فليس هناك ـ علمياً ـ حمل . ومن ثم ، فلا مجال للكلام عن حرمة حمل لم يتحقق بعد . فهناك ، قبل العلوق ، احتمال لم يتحقق له أول مراتب الحياة ، وهو أن يعلق فينمو . فإذا لم يعلق فهو ـ حقيقة ـ فيه إمكانية حياة ، ولكن لم يقدر لها أن تبدأ .

ويترتب على هذا الرأي أن البويضات الملقحة قبل زرعها في رحم الأم لا قيمة لها ، ولا يجوز أن تُبنى عليها الأحكام الشرعية التي تتعلق بالجنين بالمعنى السابق تحديده ، ومن ثم ، لا يجوز أن يُحجز للبويضة الملقحة نصيب في الميراث إذا توفى الزوج قبل إجراء الزرع . كما أن إتلاف البويضة الملقحة لا يوجب على من « أعدمها » الغرة لأنها ليست جنيناً . فالحياة تبدأ في الجنين من وقت التلقيح إذا كان في الرحم . أما التلقيح خارج الرحم فلا قيمة له ، ولا ينبغي أن نقيم له وزناً .

ويبدو أن هذا ما انتهت إليه ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبيعة في توصياتها : « إن الوضع الأمثل في موضوع مصير البويضات الملقحة هو أن لا يكون هناك فائض منها وذلك بأن يستمر العلماء في أبحاثهم قصد الاحتفاظ بالبويضات غير الملقحة مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي فيما بعد . وتوصى لندورة ألا يعرض العلماء للتلقيح إلا العدد الذي لا يُسبب فائضاً . . . أما إذا حصل فائض فترى الأكثرية أن البييضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع ، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم ، وأنه لذلك لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة . ويرى البعض أن هذه البييضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي

---

(١) د. طلعت العقبي ، المناقشات ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٥ ، ص ٣١٢ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كرمه الله تعالى . وفيما بين إعدامها أو استعمالها في البحث العلمي أو تركها لشأنها للموت الطبيعي ، يبدو أن الاختيار الأخير أخفها حرمة ، إذ ليس فيه عدوان إيجابي على الحياة »[1] .

الفرع الثالث

مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة

(٤٩) رأينا أن الممارسات الحديثة للتلقيح الصناعي قد أدى ـ عملاً ـ إلى ظهور بعض المشاكل القانونية « الجديدة » على الواقع العملي . ومن أبرز هذه المشاكل ، وأدقها ، مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة بعد نجاح عملية الزرع ، أو التوقف عنها لسبب أو لآخر . وهو موضوع يتوقف ، كما ذكرنا ، على طبيعة البويضة الملقحة وهل هي جنين أم لا .

ونعرض ، فيم يلي ، لمدى مشروعية الاستعمالات الممكنة والمتعددة للوبيضات الملقحة الزائدة . لكنْ قبل أن نعرض لهذا الموضوع الدقيق ، يجب أن نحدد ، بداءة ، مَنْ يملك سلطة تحديد مصير البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة .

الغصن الأول

صاحب القرار

(٥٠) تحتوي البويضة الملقحة في ذاتها على « إمكانية » تحقق الحياة البشرية . ويكفي لتحققها أن تزرع البويضة في رحم الزوجة الراغبة في الإنجاب . وهي لذلك تأخذ حكم « النطفة » الناتجة عن التلقيح الطبيعي من خلال العلاقة الجنسية[2] . ومع ذلك فإن وضع البويضة الملقحة يختلف ،

---

(١) الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية ، ١٩٨٧ ، ص ٧٥٧ .

(٢) يقول سبحانه وتعالى : ﴿ ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ، ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين ﴾ سورة المؤمنون ، آية ١٢ ، ١٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

قبل زراعتها ، عن الجنين . فهي ليست جنينياً حسب الرأي الراجح . ومن ثم ، فإن وضعها يختلف تماماً ليس فقط عن الطفل الذي تمت ولادته حياً ، وإنما أيضاً عن وضع الجنين وهو في بطن أمه . ولذلك كان طبيعياً أن يكون تحديد من له سلطة اتخاذ قرار « مصير » البويضات الملقحة محل خلاف سواء من الناحية الأخلاقية والفلسفية أو من الناحية القانونية .

١ ـ من الناحية الأخلاقية والفلسفية :

(٥١) بالرغم من أن البويضة الملقحة تحمل في طياتها « مشروع » كائن بشري ، أي احتمالية تحقق الحياة البشرية ، فإن الخلاف قد ثار ـ من الناحية الفلسفية ـ حول مدى كفاية ذلك لحماية البويضة الملقحة في حد ذاتها .

فالبعض يرى أن احتواء البويضة الملقحة على حياة بشرية محتملة يعتبر كافياً في حد ذاته لتبرير وضع نظام لحمايتها . ويترتب على ذلك ، أن من يتخذ أي قرار يتعلق بالبويضة الملقحة ـ أياً كان هذا الشخص ـ يجب أن يكون قراره ، كقاعدة عامة ، محققاً مصلحة هذا الكائن البشري المحتمل الذي هو أول أدوار الإنسان . ولا ريب في أن مصلحة هذ الشخص « المحتمل » تقتضي إتاحة الفرصة أمامه لكي ينمو ويتطور ليحصل ـ في النهاية ـ على شخصية كاملة وحقيقية[١] .

بينما يرى البعض الآخر أن كون البويضة الملقحة تعتبر أول أدوار الإنسان ، وتحتوي على « إمكانية » ميلاد كائن بشري لا يكفي بمفرده لإضفاء حماية كاملة عليها . ومن ثم ، فإن الشخص صاحب قرار تحديد « مصير » البويضات الملقحة لا يلتزم ، بالضرورة ، أن يكون قراره مؤدياً إلى إعادة زرعها في الرحم وإعطائها ، بالتالي ، فرصة التطور والنمو ، فقد يكون القرار « إعدامها » ، أو إجراء التجارب والأبحاث عليها[٢] .

---

(١) J.L. Baudouin et c›L. Riou, Op. Cit., P. 87.

(٢) Notes et études documentaires, in de l'éthique au droit, préc., p. 80.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

٢ ـ من الناحية القانونية :

(٥٢) أما من الناحية القانونية ، فيمكن القول ـ أيضاً ـ بوجود اتجاهين[١] :

ـ **الأول** : يرى أنصاره « تطبيب » médicaliser المشكلة . ومن ثم ، فالطبيب هو صاحب السلطة في اتخاذ قرار تحديد « مصير » البويضات الزائدة عن الحاجة . أي التي تبقى بعد نجاح عملية الزرع ، أو إيقافها لسبب أو لآخر . لكن ذلك لا يعني أن سلطة الطبيب ـ في هذا الصدد ـ كاملة ومطلقة . وإنما يجوز للمجتمع ، من خلال القانون ، أن يضع بعض القيود على ممارستها ، وقد تتمثل هذه القيود في إجازة بعض الاستعمالات وتحريم البعض الآخر ، مثال ذلك حصر نطاق سلطة الطبيب بين إعادة زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة ، أو « إعدامها » بإتلافها .

والحقيقة ، في اعتقادنا ، أن المشكلة ـ هنا ـ ليست طبية ، لكنها مشكلة أخلاقية ، فسلطة الطبيب في المسائل الطبية يجب أن تكون كاملة . وهو ، أي الطبيب ، صاحب سلطة اتخاذ القرار حينما يتعلق الأمر بمسائل طبية . وسلطته ـ في هذا الفرض ـ كاملة . كتحديد نوع العقم وسببه ، مدى قابليته للعلاج ، ومدى نجاح عملية زرع البويضة الملقحة . . . وهكذا . أما حينما يتعلق الأمر بمشكلة أخلاقية ، فإن الموضوع يخرج ـ دون شك ـ من نطاق سلطته . وإذا كانت البويضة الملقحة تحمل ، في طياتها « مشروع » كائن بشري ، فإن مسألة التخلص منها من عدمه ليست مسألة طبية ، ولا تخضع ـ من ثم ـ لمقتضيات علم الطب . وإذا ما حدد المجتمع « خياره » بالنسبة لمصير البويضات الملقحة الزائدة ، فليس هناك ما يمنع في أن يتولى الطبيب وضع هذا « الخيار » موضع التنفيذ .

---

(١) L.R. Devichi, Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mére de substitution: point de vue du juriste, art. publiée in Génétique, procréation et droit, Actes sud, 1985, P. 307 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الثاني : وفيه يُرجع أنصاره البويضة لأصولها ، وتخويل من أعطى العناصر الضرورية لخلقها سلطة اتخذا قرار تحديد « مصيرها » . فالمضغة لا تنشأ إلا باجتماع نطفة الرجل وبويضة المرأة . فهما معاً ـ حقيقة ـ السبب المباشر في نشأتها . ومعه ثم ، فإذا كنا في مجال البحث عن صاحب سلطة اتخاذ قرار تحديد « مصير » البويضة الملقحة ، فلا تجد أفضل من الزوجين أنفسهم . فالبويضة الملقحة تُنسب إليهما معاً ، وبالتالي يجب منحهما معاً سلطة اتخاذ قرار كيفية التصرف في البويضات الزائدة عن عملية التلقيح .

والحقيقة أن هذا الرأي لا يجد أساسه في حق الملكية . فالزوجان ليس لهما ـ بأي حال ـ حق ملكية على البويضة الملقحة . ويرجع ذلك ببساطة إلى أن حق الملكية لا يرد إلا على « شيء »، ولذلك وجد الانسان ونتاجه (الدم، اللبن، السائل المنوي) ليس شيئا حتى يمكن تملكه فإن أنصار هذا الرأي لا يهدفون ـ نهائياً ـ إلى « تشيء »[1] البويضة . فهي أي البويضة ـ ليست مجرد شيء بسيط يستطيع الزوجين التصرف فيه بحرية كالأموال عموماً .

لكن هذا الرأي يجد أساسه ، في الواقع ، في الرغبة في احترام اختيار الزوجين ـ إذ يهدف هذا الرأي إلى الحيلولة دون استخدام البويضة الملقحة في أغراض لا تتفق مع إرادة من كانا سبباً مباشراً في « خلقها » . فالزوجة قد توافق على تلقيح أكثر من بويضة ، لزيادة فرص نجاح الحمل . لكن ذلك لا يعني ، بالضرورة ، أنها قد « تخلت » عن البويضات التي لم تزرع ، لاستعمالها في أغراض أخرى . وقد ترفض ، مع زوجها ، استخدام هذه البويضات في إجراء تجارب وأبحاث علمية ، وقد تفضل ـ ببساطة ـ إعدامها والتخلص منها .

---

(١) راجع تقرير لجنة Waller بأستراليا :
Report on the disposition of embryon produced by IVF, 1984.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويفترض هذا الرأي أن الطبيب الذي سيتولى إجراء عملية التلقيح ، أو أحد زملائه ، قد قام بإيضاح وشرح كافة الملابسات والظروف من حيث ضرورة تلقيح أكثر من بويضة ، واحتمال بقاء بعض البويضات دون زرع ، واحتمالات استخدام هذه البويضات . وبذلك يمكن للزوجين اتخاذ قرار مستنير بخصوص « مصير » هذه البويضات .

كما أن هذا الرأي يفترض - أيضاً - أن اختيار الزوجين ليس مُطلقاً ، وإنما يجب أن يتقيد بالقواعد العامة للقانون ، وبالنظام العام والآداب . ومن ثم ، فموافقة الزوجين على « إعطاء » بويضة لامرأة أخرى غير قادرة على إفراز بويضات[1] لا يُضفي مشروعية على هذه « العطية » ، وتظل - من ثم - حرام شرعاً ، وباطلة بقانوناً[2] .

الفصل الثاني

الاستعمالات المحتملة للبويضات الملقحة «الزائدة»

(٥٣) رأينا أن تلقيح أكثر من بويضة لزيادة فرص نجاح الحمل قد يؤدي - في النهاية - إلى بقاء بعض البويضات الملقحة دون حاجة إليها ، ولا ريب في أن إعدام هذه البويضات والتخلص منها هو الحل الذي « يقفز » إلى الذهن للوهلة الأولى . لكنه ليس الحل الوحيد . فهناك أيضاً زرعها في رحم امرأة أخرى ترغب في الحمل ، أو التبرع بها لإجراء التجارب عليها ، أو تركها لشأنها حتى تموت .

والأصل هو وجوب اختيار أحد هذه الحلول بسرعة وخلال مدة قصيرة قبل أن تفسد البويضات الملقحة . لكنه يمكن - الآن - تأجيل اتخاذ القرار النهائي في شأن مصير البويضات الملقحة الزائدة لمدة قد تطول ، وذلك عن طريق الاحتفاظ بهذه البويضات بعد تجميدها . وهو حل ، وإن كان لا يحل

---

(١) وذلك لكون المبيض مستأصلاً مثلاً أو معطلاً .
(٢) راجع ما يلي ، فقرة رقم ١٦٠ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مشكلة تحديد مصير البويضات الزائدة ، إلا أنه يُعطي الفرصة للتفكير بتأجيل اتخذا القرار طوال مدة التجميد . وقد يساعد هذا الحل على إعادة زرع هذه البويضات ، أم بعضها ، في رحم المرأة صاحبة البويضة المؤنثة التي شاركت في تكوّن النطفة الأمشاج ، وذلك بعد وضعها للحمل الأول . وهـو الحل الأمثل في الفرض الذي نحن بصدده .

ومع ذلك فالتجميد في ذاته محل شك من حيث مدى مشروعية ، ومن حيث النتائج التي تترتب عليه . ولذلك نرى أن نعرض ، بداءة ، للتجميد ، ثم لبقية الحلول الممكنة الأخرى .

أولاً : التجميد La Congélation :

(٥٤) بدأ تجميد الأجنة والاحتفاظ بها في ما يسمى ببنك الأجنة سنة ١٩٧٦ . وبنك الأجنة عبارة عن ثلاجة أو غرفة كيميائية صغيرة يُستخذم فيها النايتروجين السائل بغرض التبريد . ويتم الحفظ بواسطة تجميد الأنسجة والخلايا تماماً . فعندما تتجمد الأنسجة تقف فيها كل التفاعلات الحيوية . وعندما يراد الاستفادة من تلك الأجنة ، يسمح الأطباء بارتفاع درجة الحرارة تدريجياً فتعود التفاعلات الكيمائيـة مرة أخـرى ، أي تعود لهـا الحياة مـرة أخرى[1] .

وبهذه الطريقة يجد الطبيب لديه ، في البنك ، أجنة جاهزة ، يستطيع استخدامها في الوقت الذي يحدده . وما عليه إلا أن يعمل على إعادة الحياة إليها برفع درجة الحرارة . ويمكن ـ بذلـك ـ الاحتفاظ بـالأجنة في البنـوك لسنوات عديدة حسب رغبة أطراف المسألة .

والحقيقة أن تجميد البويضات الملقحة يُحقق ، بالنسبة للإنسان ، عدة **مزايا** : فهو يسمح ـ من ناحية ـ بتخزين البويضات الملقحة بغرض استخدامها في عمليات زرع أخرى مستقبليـة . فقد يفشـل العلوق في المرة الأولى ،

(١) عبد الله باسلامة ، المقالة السابقة ، ص ٤٤٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فيمكن ـ حينئذٍ ـ الاستفادة من البويضات المجمدة في دورة طمثية أخرى ، وذلك بإعادة محاولة الزرع مرة أخرى ، بل ومرات متعددة . كل ذلك دون أن تضطر الزوجة للخضوع لتدخل جراحي جديد « لسحب » بويضة مؤنثة أخرى لتلقيحها . بل يمكن أخذ الأجنة المجمدة ، بعد إعادة الحياة إليها مرة أخرى ، وزرعها في رحم الأم بعد فترة من الزمن ، وذلك بعد أن تضع الأم حملها الأول .

وهو يسمح ـ من ناحية ثانية ـ للطبيب باختيار اللحظة المناسبة طبياً لإجراء عملية الزرع حتى يضمن أعلى فرص لنجاح العلوق . على أن يأخذ في الأعتبار كافة الظروف المتعلقة بالمرأة التي ترغب في الإنجاب . إذ كان الطبيب سيجد نفسه مضطراً ـ دون إمكانية حفظ البويضة الملقحة ـ لإجراء عملية الزرع خلال مدة قصيرة جداً من تاريخ الانتهاء من إجراء التلقيح في الأنبوب . وقد يكون هذا التوقيت غير مناسب ، لسبب أو لآخر ، الأمر الذي يهدد حدوث الحمل بالفشل .

وهو يسمح ، أخيراً ، للزوجة التي تخشى عقماً مستقبلاً ، بأن تحتفظ بإمكانية أن تُصبح ـ بعد ذلك ـ « أماً » في الوقت الذي تختاره ، فقد تواجه المرأة احتمال إجراء عملية جراحية تؤدي إلى عدم قدرتها على التبييض بعد ذلك . كإجراء عملية استئصال المبيض مثلاً ، أو حتى بلوغها سن اليأس . إذ تستطيع هذه المرأة ، حينئذٍ ، أن تعمل على تلقيح أكثر من بويضة من زوجها ، وذلك قبل إجراء عملية الاستئصال أو قبل بلوغ سن اليأس ، ويتم الاحتفاظ بالبويضات الملقحة وذلك بتجميدها . وهكذا يمكن لهذه المرأة أن تطلب ـ بعد ذلك ـ زرع إحدى هذه البويضات في رحمها . وبذلك يمكن الإبقاء على « أمل » الأمومة لديها قائمة ، بدلاً من أن تفقد هذا الأمل كلية وإلى الأبد .

(٥٥) ومع ذلك ، فإن التجميد يُثير بعض الصعوبات :

١ ـ من الناحية الأخلاقية : يؤدي التجميد إلى « تجزئة » مدة الحمل إلى فترتين : فترة سابقة على التجميد ، وفترة لاحقة عليه . وقد يتراخى

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفاصل الزمني بين المدتين لمدة طويلة . وقد يتجاوز ، وهذا هو الغالب ، مجموع المدتين المدة المحددة للحمل كحد أقصى (٣٦٥ يوماً) . هذا بالإضافة إلى أنه يجعل من الحمل والوضع « مشروعاً مخططاً » يبدأ في لحظة معينة ، يمكن تقديمها أو تأخيرها حسب رغبة الزوجين . وهو أمر قد يبدو - أخلاقياً - غير مقبول .

٢ - **من الناحية العملية** : فإن التجميد ما زال في مرحلة التجارب[١] . وإذا كان صحيحاً أنه أصبح من الممكن ، الآن ، تجميد الأجنة والاحتفاظ بها مدة طويلة ، وبقائها ، بعد إعادة الحياة إليها ، سليمة وصالحة للزرع ، فإن الطب لم يستطع أن يُحدد على وجه الدقة ، حتى الآن ، الآثار الجانبية التي يمكن أن ينعكس على الطفل في المدى القريب والبعيد نتيجة لتجميد البويضة الملقحة . ولم يستطع العلم أن يقدر تماماً المخاطر المترتبة على استعمال بويضة مجمدة في الإنجاب . وإذا كانت النتائج معروفة بالنسبة للحيوان ، فليس من المؤكد أن تكون هي ذات النتائج بالنسبة للإنسان[٢] .

٣ - **ومن الناحية الزمنية** ، فإن التجميد يجب أن يكون لمدة محددة . والاحتفاظ بالبويضات الملقحة عن طريق تجميدها لا يجب أن يكون لا محدوداً - وإذا كان التجميد - من حيث المبدأ - جائزاً ، إلا أنه يجب أن يتقيد ببعض القيود . من هذه القيود القيد الزمني . ولذلك ، فإن التجميد يجب - كما ترى اللجنة الوطنية للأخلاق بفرنسا[٣] - أن يكون محدداً زمنياً وفي نطاق مشروع حالي للإنجاب ، وليس في نطاق برنامج غير محدد . وترى ذات اللجنة أن زرع البويضة في الرحم يجب أن يتم خلال ستة أشهر من تاريخ تمام التلقيح في الأنبوب . وأن كافة المحاولات يجب أن تتم أيضاً في ذات الفترة في حالة فشل عملية الزرع الأولى أو ما بعدها . وإذا تمت عملية الزرع بنجاح ، وأدت - في النهاية - إلى ميلاد طفل ، فإنه لا يجب الاحتفاظ ، بما

---

(١) Notes et études documentaines, in de l'éthique au droit, préc., P. 87.

(٢) J.L. Baudouin et L.R. Riou, Op. Cit., P. 91.

(٣) Avis du 22 mai 1984 et du 15 déc. 1986, sur la nature de l'emkbriyon, préc., n. 32.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تبقى من بويضات ملقحة لمدة تزيد على ١٢ شهراً تبدأ من تاريخ الميلاد[١] . فإذا ما انتهت هذه المدة ، فإنه يجب - في رأي اللجنة ذاتها - إعدام البويضات المجمدة والتخلص منها ، تماماً كما لو أن أحد الزوجين قد اختفى ، أو عدل عن رأيه[٢] .

والحقيقة أن تحديد هذه المدة ، أو غيرها سواء أكثر أو قل[٣] ، يتم - غالباً - بطريقة تحكمية ، خصوصاً أن الطب لم يعرف - حتى الآن - على وجه التحديد الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على المولود في المدى البعيد . وفي ظل هذا الوضع ، فإنه من الأفضل أن تكون المدة قصيرة - سنتين مثلاً - حتى لا يتعرض المولود لبعض الآثار السلبية التي قد يثبتها الطب ، نتيجة لتجميد البويضة الملقحة . فالتجميد يؤدي إلى « وقف » نمو البويضة ، وعدم احتساب مدة التجميد من حياتها .

(٥٦) على أية حال ، فإن عملية التجميد يجب أن توقف فوراً ، وتعدم البويضات الملقحة ، ويتم التخلص منها إذا توفي الزوجان بعد تلقيح البويضة وقبل إجراء عملية الزرع . وقد ثار هذا التساؤل في أستراليا سنة ١٩٨٤ عندما توفي زوجان في حادث طائرة بعد إيداع بويضتين مجمدتين في أحد بنوك « البويضات » ، على أمل إجراء عملية زرع بعد ذلك . هو ما يسمى بقضية « البويضات اليتامى » embryons orphelins[٤] .

---

(١) وبذلك يمكن القول أن أقصى مدة للإحتفاظ بالبويضة الملقحة مجمدة هي - في رأي اللجنة - ٢٧ شهراً (٦ أشهر لزرع البويضة ، ٩ أشهر حمل ، ١٢ بعد الوضع) ، وأقل مدة هي ٢١ شهراً على فرض نجاح عملية الزرع من أول محاولة (٩ أشهر حمل ، ١٢ بعد الوضع) .

(٢) لكن القول باعدام البويضات المجمدة بعد نهاية المدة التي حددتها اللجنة يتعارض مع قول اللجنة ذاتها بأن البويضة الملحقة تعتبر كائنا بشريا محتملا . واذا كانت البويضة بالفعل شخصاً محتملاً أو كائناً ممكناً ، فهل يتم هكذا ببساطة إعدام هذا الشخص المحتمل في البويضة الملحقة؟!

(٣) وقد تعددت الآراء وتباينت حول مدة التجميد : فلجنة Warnock ترى أن المدة يجب أن تكون عشر سنوات ، بينما تفضل لجنة Waller بأستراليا مدة خمس سنوات قابلة للتجديد بناءً على طلب الزوجين ، راجع في ذلك .

Notes et étades documentaires, de l'éthique ain droit, Op. Cit.,
J.L. Bandouin et C.L. Rieu, Op› Cit., P. 91.

(٤) مشار إليها في بودين وريو ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وقد أثير التساؤل عن الحل الصحيح في هذه الحالة : هل يجب إعدام البويضات الملقحة والتخلص منها ، أم يمكن استعمالها لأغراض البحوث والتجارب ، أم يمكن إعطاؤها لزوجين آخرين يعانيان من العقم ولديهما الرغبة في الإنجاب .

يجب أن نستبعد ـ بداءة ـ الحل الأخير ، وهو أن يتبناها زوجان آخران . فالعقد أو التنازل باطل بطلاقاً مطلقاً لعدم مشروعية السبب . فالهدف من التصرف هو التنازل عن الأبوة والأمومة على خلاف الواقع . والمسلم بغير خلاف أن الحالة الشخصية لا يجوز التنازل عنها ، ولا يجوز الاتفاق ـ من ثم ـ على خلاف الأحكام المقررة قانوناً . إذ هي أحكام تتعلق بالنظام العام ، لا يجوز مخالفتها . كما أن التبني ، على فرض أن الأمر يتعلق بالتبني ، محرم شرعاً وقانوناً لأنه يؤدي إلى إلحاق ولد ناشىء عن ماء أبيه إلى رجل آخر وجعله في عداد أسرته زوراً وبهتاناً ، وهو يعرف أنه ليس حلقة في سلسلتها[1] . وفي ذلك ، أي في تحريم التبني ، « صيانة لحقوق الأولاد ، ومحافظة عليهم من الضياع ، وابتعاداً بالناس عن تزييف الحقائق »[2] .

أما إمكانية استخدام البويضة في أغراض علمية ، كالأبحاث والتجارب ، فسنعرض له بعد قليل ، ومن ثم لا يبقى سوى ضرورة « إعدام » البويضة الملقحة والتلخص منها بإتلافها . فالفرض أن البويضة الملقحة كانت ستموت بموت الأم لو أنها كانت داخل الرحم كما هو الحال في الإنجاب الطبيعي . فوجود البويضة الملقحة خارج الرحم كان ، كما رأينا ، لضرورة علاجية . لكنها يجب أن تأخذ ، كقاعدة ، حكم البويضة الناتجة

---

(١) الشيخ محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٠ . فالتبني ، كما يرى د. يوسف القرضاوي ، (. . . تزوير على الطبيعة والواقع ، تزوير يجعل شخصاً غريباً عن أسرة فرداً منها ، يخلو بنسائها على أنهن محارمه وهن عنه غريبات . . . فهو أجنبي عن الجميع » ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ .

(٢) بدران أو العينين، المرجع السابق، ص ٤٢ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عن التلقيح الطبيعي ، وتطبق عليها ، من ثم ، كافة أحكامها ، إلا ما يتعارض - بالضرورة - مع طبيعتها . وبالتالي ، فإن موت الزوجة يعني - حتماً - موت البويضة الملقحة وذلك بإتلافها والتخلص منها .

٤ - **أما من الناحية القانونية** ، فإن الصعوبة الحقيقية تكمن - في نظرنا - في أثر عدول أحد الزوجين على عملية زرع البويضة في رحم الزوجة . والفرض - هنا - أن كلا من الزوجين قد أعطى موافقته على الإنجاب الصناعي عن طريق الإخصاب في الأنبوب . وتم بالفعل الحصول على بويضة من كل منهما ، ثم أُجريت عملية التلقيح ، لكن قبل إعادة زرع البويضة في رحم الزوجة ، عدل أحد الزوجين أو كلاهما - لسبب أو لآخر - عن عملية الزرع نهائياً . فما هو - حينئذٍ - أثر هذا العدول على البويضة الملقحة ذاتها ؟ وهل يجب الاستمرار في عملية الزرع بالرغم من عدم موافقة أحد الطرفين ؟ أم يجب إتلاف البويضة والتخلص منها كلية ؟ .

لعل سبب كل هذه التساؤلات يرجع أن تلقيح بويضة المرأة قد تم خارج الرحم ، ومن ثم فإن احتمال إتلافها أمر وارد ، فضلاً عن أنه ممكن من الناحية العملية . هذا على عكس التلقيح الطبيعي عن طريق العلاقة الجنسية . فالتلقيح يتم داخل الرحم ، وبالتالي فإن احتمال إتلافها ليس ممكناً عملاً إلا عن طريق الإجهاض . فعدول أحد الطرفين أو كلاهما ليس له - كقاعدة - أي أثر في حالة الحمل الطبيعي .

أما بالنسبة للإنجاب الصناعي ، حيث تستغرق عملية التلقيح في الأنبوب مدة زمنية معينة ، وحيث يتم التلقيح خارج الرحم ، فإن احتمال تغيير أحد الزوجين لرأيه هو أمر وارد ، وقد ينعكس هذا العدول على الاستمرار في إجراءات زرع البويضة .

وفي هذا الصدد يبدو أن اللجنة القومية للأخلاق في فرنسا[1] ، تذهب إلى وجوب إتلاف البويضة في حالة عدول أحد الزوجين ، ومن باب أولى

---

(١) Avis du 15 déc 1986, sur la nature de l'embryon, préc., n. 32.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلاهما ، عن رأيه ، فتغيير أحد الزوجين رأيه يعني - في رأي اللجنة - ضرورة إتلاف البويضة والتلخص منها .

لكن الأمر - في رأينا - لا يجب أن يؤخذ بهذه البساطة - فالبويضة الملقحة ليست شيئاً حتى يمكن القول بإتلافها لمجرد أن أحد الطرفين قد غير رأيه ! ربما لسوء تفاهم بسيط مع الطرف الآخر ، أو حتى لمجرد تغير مزاجه . وفي اعتقادنا ، أن الأمر يجب أن يقاس - هنا - على الإجهاض في حالة الحمل الطبيعي . فالبويضة الملقحة كان يجب أن تكون داخل رحم المرأة لو أن الحمل كان طبيعياً . وإتلافها ، في هذه الحالة ، لا يكون إلا بالإجهاض في حدود وشرط معينة وكون وجود البويضة الملقحة - في الإنجاب الصناعي - خارج الرحم ، لا يعني أنها لا تخضع لذات قواعد الإنجاب الطبيعي . ولذلك فإن إتلافها يجب أن يأخذ حكم الإجهاض وبالشروط نفسها .

ففي القانون الفرنسي ، حيث يجوز للمرأة أن تلجأ إلى الإجهاض في الثلاثة أشهر الأولى[1] دون قيد أو شرط ، فإن عدولها عن الإنجاب الصناعي يعني - عملاً - ضرورة إتلاف البويضة . فالعدول في الإنجاب الصناعي قبل زرع البويضة ، **قد يعادل الإجهاض** في الإنجاب الطبيعي . ويطبق ذات الحكم في حالة عدول الزوجين معاً عن عملية زرع البويضة في رحم الزوجة ، ومن ثم تعدم البويضة في هذه الحالة أيضاً .

أما في حالة عدول الزوج وحده ، وبقاء الزوجة على رأيها الأول من حيث تمسكها بضرورة إجراء عملية الزرع ، فإن الأمر ليس سهلاً . **ويرجع ذلك إلى أن القانون الفرنسي قد جعل** الإجهاض ، في الثلاثة أشهر الأولى - حقاً للزوجة[2] دون أن يتوقف ذلك على رأي الزوج . فهي وحدها التي

---

(١) A.d. Dolivet et A. Scemama. De quelques difficultes d'application de lalegislation relative á l'interruption volontaire de grossesse, P. 173 et s.

J. H. Soutoul, J. Lansac, E. Beaumont et E. Froge, le risque- medico - legal croissant dans la pratique legalisée de l'interuption volontaire de grossesse, P. 97 et s.

(٢) R. Thery, art préc., P. 234, n. 14.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تملك ـ بحرية تامة ـ اتخاذ قرار الإجهاض . أما الزوج فيبدو أن القانون قد ضحى به ، أو بالأقل ، قد تناساه[١] . وفي ظل غياب أي دور للزوج في عملية الإجهاض ، فإنه يصعب القول ـ قانوناً ـ بأن عدول الـزوج عن زرع البويضة يعادل الإجهاض . فهو ـ أي الزوج ـ لا يملك حق الإجهـاض من الناحية القانونية . لكن هل يعني ذلك أن عدول الزوج وتغيير رأيه ليس له ـ عملاً ـ أي أثر ، ومن ثم يجب الاستمرار في عملية الزرع بالرغم من عدم موافقته ؟ بالرغ من صعوبة تصور ذلك من الناحية العملية ، فتلك هي النتيجة الضرورية واللازمة لانعدام إرادة الزوج بالنسبة للإجهاض في الأشهر الثلاثة الأولى للحمل .

(٥٧) **٥ ـ أما بالنسبة للشريعة الإسلامية** ، فإن حكم الإجهاض يختلف في نظر كثير من الفقهاء بحسب مراحل نمو وتـطور الجنين . وتنقسم هذه المراحل إلى ثلاث : مرحلة ما قبل التخلق ، وهي ما قبل اليوم الأربعين ، ومرحلة ما بعد التخلق وقبل نفخ الروح ، وهي الفترة من اليوم الأربعين إلى ما قبل اليوم المائة والعشرون ، ثم مرحلة نفخ الروح ، أي بعد بلوغ الجنين أربعة أشهر[٢] .

وسنقتصر ـ هنا ـ على بيان حكم الإجهاض في المرحلة الأولى فقط ، أي مرحلة ما قبل التخلق . إذ هي المرحلة التي تمر بها البويضة الملقحة وقت عدول الزوجين ، أو أحدهما ، عن قرار الإنجاب الصناعي .

وفي هذا الصدد ، يرى غالبية الفقهاء أن الإجهاض في هذه المرحلة مكروه كراهة تنزيه على أكثر الأقوال ، ومُباح في بعض الأقوال الأخرى . وفي ذلك يقول صاحب الاختيار : « امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستبن شيء من خلقه »[٣] . ويقول الرملي في نهاية المحتاج : « والراجح

---

(١) R. Thery, art. préc., P. 235, n. 16.

(٢) حاشية ابن عابدين، جزء ٢، ص ٣٨٠ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ص ٦٢٢.

(٣) الجزء الرابع ، ص ١٦٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تحريمه ، أي الإجهاض ، بعد نفخ الروح مطلقاً وجوازه قبله »[١] . ويقول ابن قدامة في المغني : « من ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ، وفي الحامل إذا شربت دواءً فألقت جنيناً ، أن على كل منهما كفارة وغرة . . . وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صوت ففيه غرة ، وإن شهدن أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور فقيه وجهان أصحهما لا شيء فيه »[٢] .

أما المالكية ، فإن المعتمد في مذهبهم هو منع الإجهاض ولو قبل الأربعين يوماً . وفي ذلك يقول صاحب شرح الدردير : « لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً ، وإذا نُفخت فيه الروح حرم إجماعاً »[٣] . ومن ثم ، يمكن القول أن الجنين له ، منذ بداية الحمل ، حق في الحياة ، ولا يجوز التعرض له ـ في المذهب المالكي ـ إلا بعذر .

خلاصة القول أن الفقهاء ذهبوا في الإسقاط قبل التخلق مذهبين : أولهما يقول بالإباحة وهم جمهور الشافعية والحنفية والظاهر من كلام الحنابلة . وثانيهما يقول بالمنع وهم المالكية والإمام الغزالي[٤] وبعض الحنفية .

وبناءً على ذلك ، يمكن القول بجواز عدول الزوجين عن قرار الإنجاب الصناعي في ظل ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من إباحة الإجهاض قبل التخلق . فالعدول يؤدي إلى إتلاف البويضة الملقحة بإعدامها ، وهو ما يعادل الإجهاض في الإنجاب الطبيعي ، وهو أمر جائز في هذه المرحلة . أما الرأي الذي يرى عدم جواز الإجهاض حتى قبل مرحلة التخلق ، فإن عدول الزوجين عن قرار الإنجاب الصناعي غير جائز لما يؤدي إليه من إتلاف للبويضة الملقحة . والإتلاف في حكم الإجهاض ، وهذا الأخير حرام .

---

(١) الجزء الثامن ، ص ٤٤٢ .
(٢) الجزء الثامن ، ص ٨١٥ .
(٣) الجزء الثاني ، ص ٢٦٦ .
(٤) إحياء علوم الدين ، باب النكاح .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وقد أخذ القانون ، في كل من مصر والكويت ، بمذهب المالكية ونص على تحريم الإجهاض في أي مرحلة من مراحل الحمل ، أي منذ الأيام الأولى للحمل[1] . ولا اعتداد في حماية الجنين بما إذا كان في شهوره الأولى ، أو كان قد قارب موعد ولادته الطبيعية . وكل إخراج له بوسيلة صناعية قبل أوانه بعد جريمة إجهاض .

لكن هل إتلاف البويضة الملقحة قبل زرعها في رحم الزوجة يُعتبر إجهاضاً في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ؟ تفترض جريمة الإجهاض ، شرعاً وقانوناً ، وجود « حمل » حتى يمكن طرده وإخراجه بفعل الإسقاط . فالإجهاض يقع إذن باتخاذ وسائل صناعية تؤدي إلى إخراج الجنين وطرده قبل موعد ولادته الطبيعية . الأمر الذي يفترض ، بالضرورة ، وجود الجنين داخل بطن أمه قبل وقوع الإجهاض . ولم يخرج الجنين قبل أوانه إلا نتيجة لفعل الإسقاط ذاته . فالإجهاض من الجرائم المادية[2] التي تقوم على نشاط يتمثل في إعمال وسائل صناعية بحيث تؤدي إلى نتيجة معينة لا وجود للجريمة تامة بدونها . وتتمثل هذه النتيجة ، على وجه التحديد ، في طرد « ثمرة » الحمل قبل موعد ولادته الطبيعية . وبدون هذه النتيجة ، فلا وجود ـ قانوناً وشرعاً ـ لجريمة الإجهاض لأنها لا تقع إلا على إمرأة حامل .

ويترتب على ذلك ، أن إتلاف البويضة الملقحة لا يُعتبر ، شرعاً وقانوناً ، جريمة إجهاض . فالإتلاف لم يؤد إلى طرد مُتحصل الحمل وإخراجه كما هو الحال في الإجهاض . إذ الفرض أن البويضة الملقحة موجودة خارج الرحم ولم تُزرع بعد . ومن ثم ، فإن عدول الزوجين عن قرار الإنجاب الصناعي بعد تجاوز مرحلة التلقيح خارج الرحم وقبل عملية الزرع يجب احترامه وإعماله . وهو إذ يؤدي إلى إتلاف البويضة ، فإن الإتلاف لا يُعتبر ـ كما رأينا ـ إجهاضاً . وبالتالي ، فلا إثم عليهما في العدول عن القرار .

---

(١) راجع المادة ١٧٤ جزاء كويتي ، والمادة ٢٦٠ عقوبات مصري .
(٢) عبد المهين بكر ، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي ، القسم الخاص ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٢ ، ١٩٧٣ ، ص ١٨٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثانياً : التجارب والأبحاث : expérimentations et recherche :

١ ـ فكرة التجارب والأبحاث :

(٥٨) لعل في محاولة تحديد الخطوط الرئيسية لفكرة التجارب والأبحاث ما يساعد على فهم المشكلة المطروحة فهماً صحيحاً .

وفي هذا الصدد نلاحظ أن مصطلح « تجارب » ليس ـ بالضرورة ـ مرادفاً لمصطلح « أبحاث » . ويرجع ذلك إلى أن البحث العلمي يُعتبر ـ في الواقع ـ أكثر اتساعاً . إذ أن البحث العلمي قد يكون إما وصفياً أو بيانياً descriptive ، ويتمثل في تتبع تاريخ حالة معينة لاستخلاص حقيقة أو حقائق معينة ، وإما تحليلياً analytique ، ويتمثل في مقارنة معطيات علمية معينة ، لاستخلاص أوجه الشبه والخلاف ، وإما ـ أخيراً ـ expérimentale تجريبياً فالتجارب إذاً « جزء » من الأبحاث العلمية . ومن ثم فالتجارب مصطلح مرادف للأبحاث التجريبية ، فكلاهما يُغطي ذات الحقيقة[١] .

وبالمقابل، فان التفرقة بين الأبحاث العلاجية من ناحية والأبحاث التجريبية من ناحية أخرى تبدو غير واضحة المعالم. فالعلاج traitement عمل بمقتضاه يعمل رجل الطب على شفاء مريض وتخفيف الألم عنه. هذا العمل قد يكون عقدا في حالة اتفاق مريض مع طبيبه الخاص على أن يقوم الأخير بعلاجه اتفاقا صريحا أو ضمنيا. أي إذا كانت الظروف تشير إلى قيام عقد بين الطبيب ومريضه. فإذا كان الطبيب قد تولى علاج المريض بناء على إختياره له بنفسه أو عن طريق نائبه، أمكن القول باعتبار العمل الطبي عقدا في هذه الحالة. أما اذا كان العلاج قد تم في احدى المستشفيات العامة، فلايمكن القول بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه، ومن ثم فالعمل الطبي ليس عقدا في هذا الفرض.

---

(١) راجع :

J.L. Baudouin, Le expériences biomédicales humaines: madèles et modalités des systémes actuels de garantie des droits de la personne, publiécin expérementation.... Op. Cit., P. 62 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فالعلاج اذن هو ـ أساسا ـ عمل من أعمال المساعدة: أو من أعمال الاخوة الاجتماعية أو البشرية. والعلاقة بين رجل الطب والمريض هي علاقة دافعها راحة المريض والدفاع عن مصالحة الخاصة. أما التجارب فتسمح ـ على العكس ـ للباحث بالتحقق من صحة فرض معين من خلال خلق ـ على جسم انسان- الظروف والمعطيات الملائمة لعلم الطب وهو بذلك ـ بالنسبة للانسان ـ عمل من أعمال الايثار، ودافعه مصلحة الطب ذاته وعلومه من أجل تطور العلم والمعرفة، وليس مصلحة من تجري عليه التجارب. وهو أيضا عمل ليس له دافع شخصي من جانب الانسان، فضلا عن أن هذا الأخير ليس هو «هدف» اجراء التجارب وإنما مجرد وسيلة للقيام بهذه التجارب.

ومع ذلك، فقد يحدث ـ أحيانا ـ أن يكون «ذات» العمل يهدف إلى تحقيق مصلحة الانسان ومصلحة العلم في الوقت نفسه، ولكن بدرجات متفاوتة. فقد يكون العمل الطبي نافعا ومفيدا للمريض مع الأخذ في الاعتبار ـ في ذات الوقت ـ التوصل لنتيجة معينة تطويرا للعلم واكتسابا للمعرفة. أو أن يكون العمل الطبي يهدف لعلاج المريض، على أن هذا العلاج مجرد حلقة أو سلسلة في سبيل التوصل إلى نتائج معينة. وهو مايسمى بالعلاج التجريبي thérapie expiremental أو العلاج المحدد أو المبتكر traitement innovateur[1].

ويتحقق هذا الغرض ـ غالبا ـ في حالة الأدوية الجديدة فهي تعطى للمريض بهدف علاجه وعلى أمل تحسن حالته، وبهدف تجربة هذا الدواء الجديد أيضا، وقياس فعاليته. وهكذا يجد القانون ـ الذي لايعرف سوى المصطلحات الثنائية[2] ـ نفسه متردداً: هل يجب ـ للخروج من المأزق ـ «خلق» طائفة ثالثة جديدة، أم يجب إرجاع هذا الوضع الجديد لهذه الطائفة (العلاجية) أو تلك (التجريبية)؟ وفي مثل هذا الفرض، هل يجب إعتبار

(١) - J.L Baudeuin, Art. Préc. in Expérimentation, op. Cit, P.64.

(٢) مثل المشروع وغير المشروع: الصحيح والباطل، الممنوع والمسموح، الجيد والرديء.. وهكذا.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التجارب العلاجية أو العلاج التجريبي من قبيل العلاج أم من قبيل التجارب؟ لاريب في أهمية التساؤل لأن نظام حماية حقوق الفرد يختلف بحسب تكييف الحالة السابقة. فالقول بتطبيق أحكام التجارب العلمية يؤدي إلى توفير أكبر قدر من الحماية للفرد الخاضع للتجارب والعلاج معا. لكن مثل هذا القول قد يعوق ـ بدرجة أو بأخرى ـ التقدم العلمي.

(٥٩) والواقع أن الفقه الفرنسي يميز[١] ـ في هذا الصدد ـ بين التجارب التي تجري على المريض، وتلك التي تجرى على انسان سليم. فمعيار التفرقة ـ هنا ـ ليس هو الهدف من وراء العمل الطبي، وانما هو «محل» هذه التجارب، أي الانسان الذي تجري عليه التجارب. ويترتب على هذه التفرقة اخضاع التجارب التي تجري على المريض لأحكام التجارب العلاجية، والتجارب التي تجري على الاصحاء لاحكام التجارب العلمية.

لكن هذه التفرقة قد تبدو ـ أحيانا ـ مزعجة وغير واضحة فهي لاتعبر عن حقيقتين تستبعد أحداهما الأخرى، وإنما قد تتداخل إحداهما في الأخرى. حيث يمكن ـ من الناحية العلمية ـ إجراء تجارب على مريض دون أن يكون لها علاقة ـ من قريب أو من بعيد ـ بالمرض الذي يعاني منه. وحينئذ يأخذ المريض ـ من حيث اجراء التجارب ـ حكم الشخص السليم جسمانيا. لكن هذه التفرقة يبقى لها ـ مع ذلك ـ فائدة عملية خصوصا من الناحية الاخلاقية. اذ أنها تؤدي إلى ادانة اجراء التجارب على شخص يحتضر، أي أنها تؤدي إلى إدانة إجراء التجارب على شخص في غيبوبة ميئوس منها Coma dépassé.

ويمكن القول ـ في هذا النطاق ـ ان مصطلح «تجربة» مرادف للأبحاث التي تجري على شخص سليم، ومصطلح «علاج تجريبي» مرادف للأبحاث على المرضى.

---

(١) - G. Memeteau, art. Préc, P. 147 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

٢ ـ مدى جواز هذه التجارب والأبحاث :

(٦٠) تثير مسألة التجارب والأبحاث العلمية التي يمكن إجرائها على البويضات الملقحة كثير من المشاكل الدقيقة ، وإن كانت مشاكل ليست ـ في معظمها ـ جديدة . إذ أن كثير منها تشترك مع بعض أنواع التجارب التي يمكن إجرائها على الكائنات البشرية التي ليست لديها المقدرة على إبداء موافقتها أو عدم موافقتها على إجراء التجارب ذاتها[١] .

والحقيقة أن الصعوبة الرئيسية تكمن ـ هنا ـ في التوصل إلى نقطة « التوازن » بين الحاجة إلى اكتساب المعرفة وبين ضرورة احترام الإنسان بوجه عام . فاكتساب المعرفة أمر يُفيد البشرية جمعاء بما يؤدي إلى تطور أساليب العلاج ، واكتشاف أساليب جديدة لم تكن معروفة من قبل . لكن اكتساب هذه المعرفة ، التي تتم لخدمة وباسم الإنسان ، لا يجب أن تكون ـ بأي حال ـ على حساب كرامته واحترامه.

أما بالنسبة لحكم اجراء مثل هذه التجارب والأبحاث على البويضات الملقحة فنرى التفرقة على هذا الصدد، بين فرضين:

الفرض الأول : « خلق » بويضات ملقحة بهدف إجراء الأبحاث عليها .

(٦١) والفرض ـ هنا ـ أن التلقيح خارج الرحم قد تم للحصول على بيوضات ملقحة وذلك لإجراء التجارب عليها . ولعل أول ما يلاحظ ـ في هذا الفرض ـ أن التلقيح الصناعي قد « حاد » عن هدفه الأساسي وهو التغلب على آثار العقم والحد منها . وهو الهدف الذي يُبرر « مشروعيته » التلقيح ذاته . ولذلك أدانت اللجنة الوطنية للأخلاق بفرنسا[٢] الإخصاب بهدف إجراء التجارب والأبحاث ، واعتبرته عمل غير أخلاقي لأنه يتعارض مع كرامة الإنسان وقدسيته . ومن ناحية أخرى ، فإن الطبيب الذي يقوم « بسحب »

---

(١) J.L. Baudouin, L'expérimentation sur les humains: in conflit de valeur, dans liceité en droit positif et réferences légales au valeurs, Brux. 1982, P. 171 et s.

(٢) Avis du 15 déc. 1986, préc.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بويضة من رحم امرأة لتلقيحها في أنبوب اختبار قد تعدى على سلامة مريضته الجسدية بدون هدف علاجي . ويُعتبر بذلك قد خالف أصول وواجبات مهنة الطب .

ويؤيد البعض[1] رأي اللجنة السابق على أساس أنه من غير المتصور ، أخلاقياً ، البدء في إجراءات تلقيح بييضة أنثوية بأخرى ذكرية ، والذي كان من المفروض أن يؤدي إلى مولد كائن بشري بعد مدة معينة ، وذلك فقط بهدف استخدام البويضة الملقحة كأداة أو مادة للبحث والتجارب . ويترتب على ذلك ، تحول تطور الحياة الإنسانية إلى مجرد مادة للبحث ، وتحول الجنين ذاته إلى مجرد شيء قد يُباع ويخترع[2].

وإن كان البعض الآخر يُعارض هذا الرأي ، ويرى[3] أن كون البويضة الملقحة قد وُجدت بطريقة عارضة (أي زائدة بعد نجاح عملية الزرع) أو تم تلقيحها بهدف إجراء التجارب عليها ليس لها أية أهمية في هذا الخصوص . فالبويضة الملقحة ليس لها - في الحالتين - أي فرصة للحياة . فهي في الحالتين ليست مخصصة لإعادة زرعها في رحم الزوجة .

والواقع أن هذا الرأي قد يُغري على الانتصار له . فكلتا البويضتين ليس لهما - حقيقة - أي أمل للحياة . فالتبرع بأي منهما لزوجين آخرين محظور ، كما رأينا ، شرعاً وقانوناً ، ومن ثم ، فلا يبقى سوى الإتلاف أو استخدامهما في الأبحاث والتجارب . وفي كلتا الحالتين تنعدم فرصة البويضة الملقحة في النمو والتطور .

لكن هذا القياس يبدو ، بالرغم من ذلك ، مع الفارق إذا نظرنا إلى كل من البويضتين قبل حدوث عملية التلقيح : فالبويضة « الزائدة » قد وُجدت ، أصلاً ، لزيادة فرص نجاح الحمل للزوجة صاحبة البويضة . فالتلقيح إذن قد تم لصالح الزوجين ، وبهدف التغلب على آثار العقم ، أو على الأقل الحد

(١) Notes et édudes documentaires, de l'étuque an droit, Op. Cit., P. 83.

(٢) المرجع السابق ، الإشارة ذاتها .

(٣) Le rapport de Mune Theibault, in Procréation, Génétique et Droit, préc., 536. Comission Warnock, préc., n. 12 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

منها . ومن ثم يبدو التلقيح ـ هنا ـ مبرراً تماماً . فالعمل الطبي قد أُجري ـ في هذا الفرض ـ لمصلحة الجسم البشري الذي خضع لـه . أما التلقيح بهدف إجراء البحوث والتجارب فلا يهدف إلى تحقيق مصلحة المرأة صاحبة البويضة (المريضة بالعقم) ، وإنما مصلحة العلم المعرفة بوجه عام . ولا يجب القيام بأي عمل طبي على جسم إنسان إلا إذا كان يقدم مصلحة مباشرة للجسم ذاته[1] .

ولا يجوز التعلل ـ هنا ، بنبل الغاية من الأبحاث والتجارب . إذ أن فائدة الأبحاث والتجارب تعود ـ في النهاية ـ على المجتمع ككل بما فيهم المريض نفسه وأسرته . فمن خضع لهذه التجارب والأبحاث هو « جزء » من المجتمع الذي تعود عليه فائدة هذه التجارب . لكن الغاية لا تُبرر ، دائماً ، الوسيلة[2] . وهي بالذات لا تبرر إجراء التجارب على الأجنة ، وأولى مراحلها البويضة الملقحة ، سواء كانت قابلة للحياة أم لا . وهو منع لا يتعلق بحماية مصلحة خاصة للزوجين ، وإنما تحقيقاً لمصلحة عامة تتمثل في حماية قدسية الإنسان وكرامته حتى ولو كان في أولى مراحل حياته . وهي مصلحة لا يملك الزوجين التنازل عنها بموافقتهما على إجراء التجارب والأبحاث .

الفرض الثاني : البويضات « الزائدة » بعد نجاح عملية الزرع :

(٦٢) أما بالنسبة للبويضات الزائدة عن الحاجة ، فإنه يجب ـ حتى يكون إجراء التجارب والأبحاث عليها مشروعاً ـ أن تتوافر الشروط الآتية :

١ ـ **أن تكون التجارب ، بحسب الأصل ، علاجية** Thérapeutique .

(٦٣) يختلف الهدف من إجراء التجارب والأبحاث من حالة إلى

---

(١) G. Memeteau, L' experimentation sur les foetus, P. 152.

(٢) L'instruction romaine Donum vitre du 22 fev. 1987, in Biologie, médecine et éthique, textes réunis et présentex par P. verspiren , 1987, P. 461.
Jea panl II, le 23 oct. 1983.
مشار إليه في المرجع السابق ، ص ٤٦١ ، هامش رقم ٢٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أخرى . فقد تهدف التجارب إلى علاج المريض ، ومن ثم تعود عليه منفعة من إجرائها على جسمه ، وقد تهدف إلى خدمة مهنة الطب ذاتها وتطويرها بما يحقق مصلحة المجتمع ككل دون أن تعود على المريض، الذي خضع للتجارب ، منفعة شخصية مباشرة .

والواقع أن التجارب والأبحاث العلاجية لا تثير صعوبات تذكر . ولذلك فمن المسلم بغير خلاف[1] جواز إجرائها على البويضات الملقحة ، كما يجوز إجرائها على المرضى . فهي كالعلاج تماماً تهدف إلى تحقيق مصلحة المريض . من هذا القبيل مثلاً الأبحاث التي تهدف إلى تحسين نوعية الهرمون الذي يعمل على تنشيط مبيض المرأة لإفراز أكثر من بويضة ـ مما يؤدي ـ في النهاية ـ إلى زيادة فرص تحقيق رغبة الزوجين في الحصول على ولد . والأبحاث التي ترمي إلى تهيئة الجو المناسب للإخصاب في الأنبوب ، والتي تساعد على نمو البويضة الملقحة قبل زرعها في رحم الزوجة . وأيضاً الأبحاث التي تعمل على تطوير عملية تجميد البويضات الملقحة وذلك للإحتفاظ بها لاستخدامها في عمليات الزرع المتتالية إذا استدعى الأمر .

أما بالنسبة للنوع الثاني من التجارب ، وهو ما يسمى بالأبحاث العلمية ، فإن قوانين بعض الدول[2] تذهب إلى جواز ذلك بالنسبة للكبار (من بلغ سن الرشد) بشرط أن يصدر عنه رضاء صريح ومكتوب بموافقته على الخضوع للتجارب المطلوبة من ناحية ، وأن يتناسب الخطر الناتج عن التجارب مع الفائدة المنتظرة من وراء هذه التجارب من ناحية أخرى . أما بخصوص الأجنة ، فقد اتجهت بعض الولايات الأمريكية[3] إلى تحريم إجراء

---

(١) G. Memeteau, art. préc., P. 149 et s.
J.R. Devichi, art. préc., P. 474, n. 29.
Notes et études documentaires, de l'éthique an Droit, Op. Cit., P. 84.
J.L. Banduin et c.L. Riou, Op. Cit., P. 93.
J.P. Durand O.P., in Bioethique et Droit, Op. Cit., P. 115.

(٢) راجع على سبيل المثال المادة ٢٠ من القانون المدني للكوبيك Civil Québécois .

(٣) مشار إليه في :
J.L. Baudouin et C.L. Riou, Op. Cit., P. 93.
مثال ذلك: ولاية Minnesotaلكن يلاحظ أن كلمة Foctus تطلق على الجنين الذي تجاوز ثلاثة =

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الأبحاث العلمية على الأجنة Foetus .

لكن فيما عدا هذه النصوص الخاصة والصريحة ، يبقى التساؤل السابق قائماً حول مدى جواز إجراء التجارب العلمية على البويضات الملقحة . ومن ثم ، نعود إلى القاعدة العامة التي تمنع إجراء أي نوع من أنواع التجارب والبحوث العلمية على الإنسان ، أو على الروح البشرية المستقبلية . وطبقاً لهذا المبدأ ، فإنه يحرم إجراء بحوث علمية على البويضة الملقحة باعتبارها تحمل في طياتها كائناً بشرياً كامناً أو محتملاً أو مستقبلياً . فالطفل يجب أن يُحترم - منذ لحظة الحمل - كالأشخاص البشرية[1] .

(٦٤) والحقيقة أن التجارب والأبحاث العلاجية تؤدي إلى وضع جسم الإنسان تحت تصرف « الغير » دون مصلحة مباشرة للشخص محل التجارب . ولذلك كانت محلاً للخلاف في الرأي . ولعل الصعوبة الحقيقية تكمن - في نظرنا - في إمكانية تبرير المساس بكائن بشري بسبب خضوعه للتجارب والأبحاث .

وإن كان البعض[2] يلاحظ أن وضع الجنين ، ابتداء من الشهر الرابع للحمل ، يختلف عن وضع البويضة الملقحة والتي لم تبلغ من عمرها سوى أياماً معدودات . فالبويضة الملقحة التي لم تبلغ ١٤ يوماً من عمرها لا تعرف بعد أي تمييز خلوي Cellulaire . وهي ما زالت - في هذه المرحلة - تتكون من عدة خلايا لم تتميز عن بعضها بعد[3] ، من ثم ، فلا يوجد لدى

أشهر ، راجع :

R. Théry, art. préc., P. 231, note n. 1.

(١) Donum vitae, in Biologie, nédecine et éthique, Op. Cit., P. 475.

(٢) J.L. Baudouine et C L.Riou, Op. Cit, P. 93

(٣) حيث تبدأ، منذ اللحظة الأولى، النطفة الأمشاج بالعمل الجاد. فتبدأ بالانقسام: الخلية الواحدة تصبح خليتين، والخليتان تنقسم إلى أربع وهكذا حتى تتكون مئات الخلايا، فتكون على هيئة ثمرة التوت Marilla (بيضة توتية). وخلال أسبوع تكون النطفة الأمشاج (التوتة) قد وصلت إلى الرحم. وهناك تتعلق بجدار الرحم الذي يكون قد استعد - إلهياً - لاستقبالها، رجع :

- الشيخ شوقي محمد صالح ، جريدة الوطن ، ٦ أكتوبر (الجمعة) ، ص ٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

البويضة ـ في هذه الفترة ـ خلايا عصبية بالمعنى المعروف ، أو حتى « بداية » لها يمكن أن تنقل الإحساس بالألم إلى البويضة . فالإحساس أو الشعور مفقود تماماً لدى البويضة في هذه الفترة . وينتهي هذا البعض ـ بناءً على ذلك ـ إلى أن هذا العنصر الطبي يسمح ـ في ذاته ـ بتبرير إجراء التجارب والبحوث على البويضة في هذه المرحلة من تطور البويضة . فالتجارب تُجري في هذه الفرض . في نظرهم ـ على مجموعة خلايا ، أكثر منها على كائن بشري .

والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن هذه الوجهة من النظر غير دقيقة . فهي ـ من ناحية ـ تبدو في بعض جوانبها قد تأثرت تأثراً كبيراً بالقانون الفرنسي الذي أجاز ـ بشروط ـ الإجهاض[1] . فالجنين ـ في نظر هذا القانون ـ مجرد شيء في الثلاثة أشهر الأولى من الحمل . وهو ـ بذلك ـ يمكن أن يكون محلاً لإجراء التجارب والبحوث العلمية ، تماماً كما يمكن للأم أن تتخلص من جنينها بمحض إرادتها ، ودون أي قيد أو شرط . هذا بالرغم من أن أجازة الإجهاض الإرادي في هذه الفترة لا يعني أن القانون يعتبر الجنين ـ في هذه الفترة ـ شيئاً في كافة المجالات . خصوصاً أن إجازة الإجهاض بهذه الطريقة قد جاء على سبيل الاستثناء[2] . والاستثناء ـ كما هو معروف ـ لا يقاس عليه أو يتوسع في تفسيره . والنظر إلى الجنين باعتباره شيئاً بخصوص الإجهاض في الأشهر الثلاثة الأولى لا يعني ـ إطلاقاً ـ اعتباره كذلك في مجال إجراء التجارب والبحوث .

وهي ـ من ناحية أخرى ـ قد أخطأت في معيار إجازة التجارب والبحوث على البويضة في أيامها الأولى . والمعيار المقترح ـ في هذا الصدد ـ هو مدى الشعور والإحساس بالألم الواقع على البويضة من جراء إجراء التجارب والبحوث . وهو معيار غير موفق من أكثر من ناحية : فالبويضة

---

(١) راجع القانون الصادر في ١٧ يناير ١٩٧٥ ، والعدل بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٩ .
(٢) راجع قانون ١٧ يناير ١٩٧٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الملقحة يجب حمايتها منذ اللحظة الأولى للحمل ، وذلك لأنها تُعتبر « نواة » لكائن بشري محتمل ، بصرف النظر عن لحظة شعورها أو إحساسها بالألم أو بغيره . ومن ناحية أخرى ، فإن معيار حماية الجنين يتراوح ما بين أحد معيارين : إما المعيار الديني هو بث أو نفخ الروح في الجنين ، وإما المعيار العلماني ـ إذا جاز التعبير ـ وهو الاحتمالية . ولم يقل أحد ـ فيما نعلم ـ بمعيار الإحساس والشعور بالألم وخلافه . وأخيراً ، فإن معيار جواز التجارب والبحوث بوجه عام هو مدى التناسب بين المخاطر المحتملة من جراء هذه التجارب وبين الفائدة أو المنفعة المنتظرة من ورائها ، دون أدنى اعتبار ، من قريب أو من بعيد ـ لمدى شعور الإنسان وإحساسه بالألم . ولعل هذا هو ما يُبرر قول الكنيسة بعدم جواز الأبحاث الطبية على الأجنة الحية والبويضات الملقحة إلا إذا تأكد عدم حدوث ضرر لحياة الجنين أو المساس بجسمه هو وأمه[1] .

وقد يقال ـ من ناحية أخرى ـ بجواز إجراء التجارب والبحوث الطبية على البويضات الملقحة قياساً على الموتى . حيث أن قوانين بعض الدول ، كالقانون الفرنسي مثلاً[2] . التي تنظم زرع الأعضاء البشرية تجيز اقتطاع عضو أو أكثر من جثة طفل قاصر بشرط موافقة الولي أو الوصي كتابة . فقد أثير ـ بهذا الصدد ـ التساؤل عن مدى قابلية قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ والخاص بزرع الأعضاء ، للتطبيق في حالة الإجهاض التلقائي أو المستثار . فإذا أمكن القول بتطبيق قانون زرع الأعضاء على « نتاج » الإجهاض ، حيث يشمله مصطلح قاصر ، أمكن القول أيضاً بإمكانية إجراء التجارب على البويضة الملقحة ، إذ هي ـ فرضاً ـ كالجثة لا دليل على الحياة فيها . فالموت ـ في حكم قانون زرع الأعضاء ـ هو موت خلايا المخ بأكملها وما يترتب على ذلك من توقف ضربات القلب عن العمل . ويترتب على ذلك

---

(١) Notes et études documentaires, de l'éthique au droit, Op. Cit., P. 83.

(٢) راجع المادة ٢/٢ من قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ ، والمادة ١١ من القرار التنفيذي الصادر في ٣١ يوليو ١٩٧٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

جواز اقتطاع جزء أو أكثر من الجثة بهدف زرعها لإنسان آخر بمجرد ثبوت الموت بهذه الطريقة .

وحسب هذا التعريف الطبي للموت ، فقد يقال باعتبار البويضة الملقحة « جثة » يمكن - من ثم - إجراء التجارب والبحوث عليها . فالبويضة الملقحة ليس هناك دليل على حياة « مخية » Cérébrale لديها ، أو على الأقل ليس لديها حياة « عصبية » nerveuse .

والحقيقة - في اعتقادنا - أن هنا التفسير إذا صح في الدول التي تنظم زراعة الأعضاء ، كالكويت[1] وفرنسا مثلاً ، فإنه لا يصح في غيرها من الدول التي لم تنظم - بعد - موضوع نقل الأعضاء وزراعتها ، مثل مصر مثلاً . هذا بالإضافة إلى أن التحليل السابق قد تغاضى عن مسألة لها أهميتها القصوى في القياس المقترح . فقانون زرع الأعضاء يتكلم عن جواز نقل أعضاء بشرية من جثة قاصر . إذن فالمقيس عليه - هنا - هو « جثة قاصر » وليس فقط لفظ « جثة » . وإذا سلمنا - جدلاً - بأن البويضة الملقحة تأخذ حكم « الجثة » من حيث جواز إجراء التجارب ، فهل تعتبر البويضة الملقحة في حكم « القاصر » أيضاً ؟ القاصر - قانوناً - هو كل شخص - ذكراً كان أم أنثى - لم يبلغ بعد إحدى وعشرون سنة ميلادية . والفرض أن القاصر كان قد اكتسب - قبل وفاته - الشخصية القانونية ، وهو لا يكتسبها إلا بتمام ولادته حياً ثم يفقد هذه الشخصية بعد ذلك بموته حقيقة أو حكماً . أما البويضة الملقحة فهي لم تكتسب بعد الشخصية القانونية وذلك - ببساطة - لأنها لم تولد بعد . فهي إذن - حتى على فرض أنها جثة ، فهي ليست جثة لقاصر . والطفل الذي لم يولد ، أو حتى ولد ميتاً ، ليست له شخصية قانونية كقاعدة ، بالرغم من أنه قد عاش فترة في رحم أمه . فالجنين إذن لا يُصبح قاصراً إلا إذا وُلد حياً[2] .

---

(١) راجع المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأضعاء في الكوتي ، والقانون الفرنسي الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ .

(٢) وقد انتهت اللجنة الوطنية للأخلاق بفرنسا إلى جواز « استخدام البويضات » الملقحة في الأبحاث العلمية إذا كان ذلك بهدف اكتساب المعلومات الضرورية المتعلقة بعملية زرع مستقبلية ، لكن اللجنة اشترطت لذلك : زيادة بعض البويضات بعد نجاح ، عملية الزرع =

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(٦٥) والحقيقة أن ضرورة تشجيع الأبحاث العلمية تقتضي استثناء التجارب العلمية من مبدأ « حرمة » جسم الإنسان . فالتجارب حق أساسي لرجل الطب ، ولرجل العلم بوجه عام ، وذلك لتحسين الحياة بوجه عام . لكن القول بجواز التجارب العلمية يقتضي توافر عدة شروط ضرورية : يجب ـ من ناحية ـ أن تكون هناك فائدة أو منفعة من وراء إجراء التجارب ، للبشرية بوجه عام أو على الأقل لمجموعة من المرضى . فهذه الفائدة المرجوة هي وحدها التي تُبرر إجراء التجارب . ومن ناحية أخرى ، إذا كان الإنسان محل التجارب لا يأمل في الحصول على منفعة شخصية لنفسه من وراء إجراء التجارب ، فعلى الأقل يجب ألا يتعرض لمخاطر كبيرة . فالتجارب لا تكون مقبولة إلا إذا كانت المخاطر التي تعرض لها الشخص محل التجارب بسيطة Minime أو منعدمة .

(٦٦) ولذلك يمكن القول بجواز إجراء التجارب والأبحاث العلمية على البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة إذا توافرت الشروط الآتية :

أ ـ موافقة الزوجين موافقة صريحة ، مستنيرة ومكتوبة .

ب ـ موافقة الجهات المختصة ، والقيام بالأبحاث تحت إشرافها .

ج ـ أن تهدف الأبحاث والتجارب إلى تحسين وسائل التلقيح الصناعي بوجه عام ، سواء التلقيح الداخلي أو الخارجي in vitro . كالعمل على زيادة معدل نجاح التلقيح في أنبوب الاختبار . إذ أن فرص نجاح الحمل

= واكتفاء الزوجين بذلك ـ موافقة لزوجين موافقة حرة ومستنيرة ـ تقديم نتائج الأبحاث الجادة التي أجريت على الحيوان في الموضوع محل البحث ـ تحديد هدف الأبحاث والتجارب بدقة حتى يمكن تقويم نفعها بالنسبة للتقدم العلاجي ـ أن تكون البويضات محل البحث في مراحل تطورها الأولى ـ أن يثبت أن إجراء الأبحاث على البويضة البشرية هو الوسيلة الوحيدة للوصول إلى المعلومات المطلوبة ـ أن يجري البحث بواسطة فريق من الباحثين مختلف عن الفريق الذي يتولى عملية الزرع حتى نتجنب أي تأثير محتمل على الزوجين ـ يجب نشر النتائج التي تم التوصل إليها ، وإرسالها إلى اللجنة ، راجع :

Avisdu 15 déc/1986, relatif au recherches sur les embryons humains in vitro et á leur utilisation á des fins médicales et scientifiques. Op. Cit., n. 32.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ما زالت ، حتى الآن ، في حدود ١٥ إلى ٣٠٪[١] . وتقل هذه النسبة في الدول قليلة الخبرة .

د ـ عدم تعرض أية مخاطر يمكن أن تتعرض لها تلك البويضات والفرض أنها لن تستخدم بعد ذلك في الإنجاب هذه الأبحاث ، أو كانت المخاطر قليلة . وتقدر هذه المخاطر ـ بداهة ـ مقدماً وقبل القيام بالتجارب والأبحاث ، وأن يتم تقديرها من قبل لجنة أو شخص « محايد » وليس من قبل الباحث نفسه . كما أن تقدير هذه المخاطر يجب أن يتم ، في اعتقادنا ، بمعيار شخص يختلف من حالة إلى أخرى حسب ظروف كل حالة ، وليس بمعيار موضوعي مجرد .

٢ ـ أن تتفق هذه الأبحاث والتجارب مع النظام العام .

(٦٧) عندما تتكون النطفة الأمشاج . « البويضة الملقحة » بحدوث عملية التلقيح بين البويضة المذكرة والبويضة المؤنثة ، يكتمل بذلك عدد الكروموسومات التي تحتويها البويضة[٢] . ولا ريب في أن هذه الكروموسومات لها أهمية قصوى من ناحيتين : إذ يتم عبرها انتقال الصفات الوراثية من الآباء والأجداد حتى تصل إلى الأبناء ، وتحدد ـ من ناحية أخرى ـ جنس الجنين وما إذا كان ذكراً أو أنثى . وهذه الكورموسومات هي المسئولة عن نشاط الخلية وتدبير أمورها فهي العقل المدبر ، وهي الموجه ، وهي الحاكم الذي لا تحيد الخلية عن أمره .

والسر العجيب في هذه الجسيمات الملونة أو الصبغيات (الكروموسومات) هو أنها تحمل ، على صغرها ودقتها المتناهية[٣] ، كل أسرار التكوين وكل أسرار الوراثة وكل أسرار الخلية .

---

(١) راجع : الندوة التي أقامتها الجمعية الطبية الكويتية حول « أطفال الأنابيب » ، جريدة القبس ، الأربعاء ، ٢ ديسمبر ١٩٨٧ م .

(٢) وهي تتكون من ثلاثة وعشرين زوجاً . . . اثنان وعشرون منها مسئولة عن تكوين الجسم وبنيانه وصفاته ، وواحد منها فقط مسئول عن تعيين الجنس ذكر أم أنثى ، راجع : محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

(٣) فهي تقاس بالميكرون (واحد على مليون من المتر)، وبانجستروم.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وقد أتاح التلقيح خارج الرحم in vitro أمام العلماء إمكانية التحكم في هذه الجسيمات الملونة بحيث يمكن التأثير في الصفات الوراثية التي تنتقل من جيل إلى جيل ، وفي الأمراض التي تنتقل بالوراثة ، وكذلك في اصطفاء جنس الجنين .

ويجب ـ من يحث المبدأ ـ تحريم كافة الأبحاث والتجارب التي تؤدي إلى تغيير خلقة الإنسان عن طريق التحكم في الكروموسومات . كالتصرفات التي تزيد أو تنقص في الطبيعة الأصلية التي فطر الله الإنسان عليها بداعي التجميل أو الرغبة في الحسن . ذلك أن هذا التغيير قد وسمته النصوص الشرعية بأنه استجابة لأوامر الشيطان : « ولآمر نهم فليغيرن خلق الله »[1] .

وتطبيقاً لهذا المبدأ ، يجب تحريم الأبحاث التي تهدف إلى تحقيق نتائج غير مشروعة ، أو ليس لها ما يُبررها علمياً وأخلاقياً ، مثال ذلك . محاولة تحقيق حمل كامل في الأنبوب éctogenese ، أو محاولة تحقيق الإخصاب بين الجنس البشري والحيوان Clonage ، أو ما يسمى الاستنساخ[2] ، أي محاول « خلق » كائن أو خلية يمكنه التكاثر عن غير طريق التلقيح دون نقص أو إضافة للمحتوى الوراثي .

أما ما يسمى بالاستبدال ، أي محاولة إيجاد ما يُعتبر بدائل عن الوضع الأصلي من خصائص وخصال في الإنسان كانت ستظل ملازمة له لولا التدخل باستبدالها بصفات أخرى[3] ، فيختلف حكمه حسب الهدف والقصد من ورائه . فإذا كان يهدف إلى العلاج وذلك بالوقاية من بعض الأمراض الوراثية ، أو تقويم انحرافاً في الطبيعة الأصلية ، فإنه يندرج في التصرفات المشروعة . إذ تدخل مثل هذه التصرفات في جنس المأمور به في نصوص

---

(١) سورة النساء ، آية رقم ١١٩ . (واحد على البليون من المتر) ، راجع : محمد علي البار ، المرجع السابق، ص١٢٦ .

(٢) راجع : عبد الستار أبو غدة، مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، الإنجاب في ضوء الأسلام ، ١٩٨٣ ، ص ١٤٨ وما بعدها .
ـ ماهر حتحوت ، مقالة منشورة في المرجع السابق ، ص ١٣١ وما بعدها .

(٣) عبد الستار أبو غدة، المقالة السابق الإشارة إليها ، ص ١٥٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الشريعة الغراء من وجوب التداوي ، وإزالة الضرر ، ودرء المفسدة وجلب المنفعة ، فالغاية أو الهدف ـ هنا ـ مشروع ، فضلاً عن مشروعية الوسيلة أيضاً . إذ تهدف هذه المحاولات إلى تجنيب الإنسان شيئاً من المخاطر الناتجة عن الوراثة من آبائه وأجداده .

إما إذا أدت هذه الوسيلة إلى تغيير الخلقة أو تبديل الفطرة على سبيل العبث والإفساد ، فحكمها ـ حينئذٍ ـ هو التحريم . إذ في ذلك تبديل للفطرة المنهي عن تبديلها : « فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله » .

٣ ـ يجب عدم إعادة زرع البويضات المستخدمة في الأبحاث والتجارب .

(٦٨) رأينا أن استخدام البويضات الملقحة في الأبحاث والتجارب جائز في حدود وبشروط معينة . فإذا ما انتهت هذه الأبحاث والتجارب ، فلا يجب استخدام البويضات « محل » الأبحاث والتجارب في إعادة زرعها مرة أخرى في رحم المرأة صاحبة البويضة ، أو ـ من باب أولى ـ في رحم امرأة غيرها . ومصير هذه البويضات (المستخدمة في التجارب والأبحاث) هو حتماً الإتلاف . فإتلافها والتلخص منها هو إذن المصير المحتوم للبويضات محل التجارب والأبحاث .

ويرجع السبب في ذلك إلى أن احتمالات تشوه الجنين ، واحتمالات تغير في الصفات الوراثية بصورة مفاجئة تزداد بدرجة خطيرة . ولا داعي إذن للمخاطرة بالإقدام على زرع بويضة كانت « محلاً » للأبحاث والتجارب خشية حدوث تشوهات جسدية أو عقلية أو وراثية للجنين . الأمر الذي قد يدفع الأم بعد ذلك إما إلى طلب الإجهاض ، وإما إلى محاولة علاج الجنين قبل ولادته[1] ، مع ما في ذلك من محازير أخلاقية وطبية وجسمانية .

---

(١) وهو ما يُسمى بالفرنسية : Diagnostic prénatal ، راجع :
Notes et études documentaires, in de l'éthique au droit, Op. Cit., P. 69.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثالثاً : نظرة تحقيقية :

١ ـ معيار مشروعية الأبحاث العلمية :

(٦٩) تعرضنا ـ فيما سبق ـ لمسألة مدى جواز إجراء الأبحاث والتجارب على البويضات الملقحة . ولا ريب في أنه موضوع صعب وشائك . ويرجع ذلك لارتباطه باعتبارات متداخلة ، إن لم تكن متعارضة . وهي اعتبارات أخلاقية وطبية وقانونية . ولا يشترط في التطور العلمي أن يكون دائماً متفقاً مع اعتبارات الدين والقانون . لكن نظراً لفائدة التطورات العلمية للمجتمع بوجه عام ، فقد جرت العادة على استبقاء ما يتفق منها مع الدين والأخلاق ، واستبعاد ما دون ذلك . فضلاً عن محاولة استيعابها من الناحية القانونية ، حتى لو اقتضى الأمر تدخلاً من جانب المشرع . فالقانون لا يجب أن يكون عقبة في سبيل هذه التطورات العلمية العائلة .

وقد زاد من صعوبة الأمر أننا ـ هنا ـ أمام مسألة دائمة التطور ومن ثم يصعب ـ أمام ذلك ـ أن نحدد على وجه الدقة نتائج هذا البحث أو ذاك : كما يصعب ـ بذات القدر ـ التمييز والتفرقة بدقة بين ما هو ممكن من الأبحاث ، وما هو ممنوع مؤقتاً ، وما هو مستبعد نهائياً .

(٧٠) والحقيقة أن هذا الموضوع يرتبط ارتباطاً مباشراً بطبيعة البويضة الملقحة ، وما إذا كانت « شيئاً » أو « شخصاً » كامناً أو محتملاً . والقول بأن البويضة الملقحة مجرد « شيء » يؤدي ـ عقلاً ومنطقاً ـ إلى إجازة كافة أنواع الأبحاث والتجارب التي يمكن أن تجري عليها . فهي ، أي البويضة ، ليست إلا « مادة » من المواد التي تجري عليها الأبحاث بوجه عام . أما القول بأن البويضة ما هي ـ في حقيقة أمرها ـ إلا شخص كامن ، فإنه يؤدي ـ على العكس ـ إلى تحريم كافة أنواع الأبحاث والتجارب العلمية . فالبويضة ليست « مادة » للبحث وإنما هي « مشروع » إنسان يجب أن تحترم ـ تماماً ـ كالأشخاص البشرية .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإذا كنا لا نقر إجازة كافة الأبحاث وفي كل الظروف Laisser tout faire ، حيث لا يجب ـ بأي حال ـ معاملة البويضة الملقحة كمجرد « شيء » ، فإننا لا نُقر أيضاً المنع المطلق لكافة أنواع الأبحاث والتجارب ، بالرغم من اعترافنا بضرورة حماية البويضة الملقحة واحترامها الاحترام الواجب للكائنات البشرية بوجه عام . فليس المقصود ، من وراء منع الأبحاث ، حماية الحياة البشرية خلال مراحل تطورها (مرحلة تواجدها في أنبوب الاختبار) فقط ، وإنما أيضاً إنقاذ البشرية ذاتها وحمايتها ضد بعض الممارسات التي قد تعرضها للخطر . وفي ضوء هذا الهدف « المزدوج » يجب ، في اعتقادنا ، الحكم على مدى جواز بعض الأبحاث والتجارب . وإذا كان إجراء بعض الأبحاث على البويضة الملقحة لا يتعارض ـ في قليل أو كثير ـ مع الهدف السابق ، فلماذا إذن القول بتحريمها ؟ هل لمجرد أن البويضة الملقحة تحمل في طياتها « مشروع » إنسان ؟ وإذا كانت بعض الأبحاث لا تمس هذا الكائن البشري المحتمل ولو من بعيد ، فلماذا القول بمنعها ؟ .

ويترتب على ذلك أن معيار جواز أو عدم جواز الأبحاث العلمية لا يكمن ـ في نظرنا ـ في طبيعة البويضة الملقحة وما إذا كانت « شيئاً » أم « شخصاً » كامناً . فلا خلاف على أنها تحمل في طياتها « نواة » كائن بشري ، ويجب ، من ثم ، احترامها على هذا الأساس ، لكن المعيار الصحيح هو مدى مساس هذه الأبحاث المقترحة بهذا الإنسان المحتمل (البويضة) ، وبمدى تهديدها للجنس البشري بوجه عام . فالأبحاث العلمية ـ في هذا الصدد ـ لا تهدد البشرية من قريب أو من بعيد كتلك التي أدت ـ في النهاية ـ إلى اختراع القنبلة الذرية مثلاً . لكنها ـ على العكس ـ أبحاث تسمح بمراقبة تطور الكائن البشري في مرحلة الحمل ، حتى تجيء لحظة ميلاده ، وخروجه إلى الحياة الدنيا . وهدفها النهائي هو الاستجابة لتحقيق رغبة طبيعية ، بل وغريزية ، ألا وهي الأمومة والأبوة . ولا نقصد ـ إطلاقاً ـ أن نقول بأن الغاية تبرر الوسيلة . ولكن ـ فقط ـ أن نبل الغاية قد

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يسمح بإجازة بعض الأبحاث التي لا تمس سلامة البويضة الملقحة ذاتها .

وليس أدل على ذلك من أنه يجوز إجراء بعض الأبحاث العلمية على الشخص الذي بلغ سن الرشد بشروط معينة وهي موافقة الشخص نفسه على ذلك موافقة صريحة ومكتوبة ، وأن تكون المخاطر المتوقعة من جراء الأبحاث تتناسب مع الفوائد المنتظر جنيها من ورائها . ولم يقل أحد بمنع هذه الأبحاث بحجة أن الإنسان تجب حمايته واحترامه لذاته . فلم يُهدد أحد الحماية ، ولم يفقد الإنسان احترامه لمجرد إجراء بعض الأبحاث لا تهدد حياته بالخطر .

(٧١) فإذا ما قلنا بتطبيق المبدأ ذاته على البويضات الملقحة ، أي قلنا بإجازة بعض الأبحاث على البويضة ، فما هي الشروط البديلة للشروط السابقة ، والتي يتطلبها القانون[١] ، عادة عند إجازته للأبحاث على من بلغ سن الرشد ؟.

لا ريب في إعمال شروط الموافقة يستحيل تحققه بالنسبة للبويضة الملقحة . وقد يبدو اشتراط موافقة الزوجين ملائمة في هذا الصدد . وإذا كان نقل أعضاء بشرية من جثة قاصر يتطلب موافقة الممثل القانوني ، فإن إجراء الأبحاث والتجارب على بويضة ملقحة يتطلب هو الآخر ـ عقلاً ومنطقاً ـ موافقة الزوجين[٢] (الأبوين حكماً) ، وأن تكون هذه الموافقة حرة

---

(١) راجع على سبيل المثال المادة ٢٠ من القانون المدني للكوبيك.

(٢) راجع :

M.A. Hermitte, Le droit civil du Contrat d'expérimentation, publiée in Expérimentation biomédicale et Droit de l'homme, PUF, 1er éd., 1988, P. 45.

وقد نظم القانون ، في بعض الولايات الأمريكية ، إجراء التجارب على الأجنة Foetus . وقد أجاز إجراء بعض هذه التجارب بشروط معينة : ألا توجد مخاطر من إجراء هذه التجارب ، أو كانت المخاطر بسيطة ، وكانت تهدف إلى الحصول على معلومات هامة ومفيدة، واستحال إجراء هذه التجارب بوسيلة أخرى . لكن يلاحظ أن هذه القواعد لا تطبق على البويضة الملقحة embryon إذ أن مصطلح Foetus يعني ـ في ظل القانون الفيدرالي ـ « نتاج أو محصول الحمل ابتداء من زرع البويضة اللمقحة وتثبيتها في رحم المرأة . ومن ثم فالبويضة الملقحة قبل زرعها ليست جنيناً Foetus ، راجع :

W.K. Mariner, La reglementation de la recherche biomédicale aux Etats Unis, le cas de l'expérimentation sur l'embryon, in expérimentation... Op. Cit., P. 101.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وصريحة ، ومكتوبة ، ومستنيرة[1] .

أما شرط التناسب بين المخاطر والمنفعة ، فيحل محله ، ويُغنى عنه ، شرط عدم المساس بسلامة البويضة الملقحة ، أو إتلافها ، فعدم المساس بسلامة البويضة الملقحة هو إذن - في نظرنا - شرط ضروري - وكافٍ في الوقت نفسه - لتوفير الحماية والاحترام اللازمين للكائن البشري بوجه عام . ومن ثم ، يبدو من المنطقي تماماً - دون أي تناقض - القول باعتبار البويضة الملقحة كائناً بشرياً كاملاً ، وبإجازة إجراء بعض الأبحاث عليها ، إذا كانت هذه الأبحاث لا تعرض سلامة البويضة للخطر[2] .

٢ - عقد إجراء التجارب :

(٧٢) انتهينا إلى أن إجراء الأبحاث العلمية بهدف المعرفة على البويضة الملقحة جائز بشروط وفي حالات معينة . وهو جواز مبعثه - كما رأينا - عدم المساس بسلامة البويضة محل التجارب . إذ لا تعارض - حينئذٍ - بين الأبحاث ، في هذه الحالة ، وبين احترام ذاتية الكائن البشري . لكن يبقى أن نتساءل عن مدى صحة عقد التجارب في هذه الحالة من الناحية القانونية ، وما هي شروط انعقاده إذا أمكن القول بصحته .

أ - المبدأ :

(٧٣) كانت التجارب التي تجري على شخص سليم بهدف اكتساب المعرفة تُعتبر - حتى وقت قريب - غير مشروعة في ذاتها . ولم يكن القول بعدم المشروعية يتوقف على تحقق ضرر بجسم الإنسان محل التجارب ، وإنما كانت مثل هذه التجارب تُعتبر غير جائزة حتى ولو لم يترتب عليها أي

---

(١) A.K. Maniatis, Le Consentement libre et informé: le point de vue d;un spécialiste du Cancer, publiée in expérimentation biomédicale... Op. Cit., 84 et s.

(٢) وقد نص على ذلك بالفعل قانون ولاية فيكتوريا بأستراليا الصادر سنة ١٩٨٤ ، حيث منع الأبحاث التي تجري على البويضة الملقحة إذا كانت تهدد سلامتها ، أو تؤدي إلى إتلافها ، راجع :

Notes et études documentaires, de l'éthique an droit, Op. Cit., P. 87.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ضرر أو خطر يهدد الفرد ، بل وحتى لو وافق عليها الإنسان صراحة . فمثل هذا النوع من التجارب يخرج كلية عن نطاق التعاقد ، حيث يستحيل صدور رضاء صحيح بالنسبة لمثل هذه الممارسات . ومن ثم ، فالعلاقة العقدية لا يتصور أن تنعقد في ضوء هذا الوضع .

ويمكن تأصيل هذا القول ـ قانوناً ـ على أساس أن الجسم الإنساني يخرج بطبيعته عن دائرة التعامل . فهو ـ أي الجسم الإنساني ـ ليس شيئاً ، كما أنه ليس مالاً حتى يمكن القول باعتباره محلاً للتصرف . ومن ثم يستحيل القيام بأي عمل من أعمال التصرف ، حتى ولو كان بدون مقابل ، على جسم الإنسان[1] .

والحقيقة أن هذا الحل ، كان منطقياً في ظل التصور السائد ـ حينذاك ـ وهو اعتبار جسد الإنسان مقدساً . ومن ثم لا يستطيع أحد أن يتصرف في جسده بعقد . وهو تصور لا يرتبط ـ كثيراً ـ بالمخاطر التي تهدد المساس بسلامة الإنسان ، وإنما ـ بالأحرى ـ بفكرة كرامة الإنسان . فمن المهانة أن يوضع الإنسان ـ حلال فترة إجراء التجارب ـ في موضع « المحل » وليس في موضع « الذات » . ولعل هذا ما يُبرر إمكانية إدانة من قام بالتجارب ، وإلزامه بدفع تعويض للشخص محل التجارب ، حتى ولو لم يُصب بأي ضرر في صحته[2] . فالمساس بكرامة الإنسان قد تحقق لمجرد إجراء التجارب ، بصرف النظر عن المساس بسلامة الإنسان الجسمية . فالمساس بالكرامة يتحقق ، بصرف النظر عن وقوع ضرر أم لا .

وبهذا المفهوم ، فإن الاتفاق على إجراء تجارب على مريض يعتبر باطلاً ، إذا كانت التجارب لمجرد اكتساب المعرفة ، ولا علاقة لها بالمرض الذي يُعاني منه من ستجري عليه التجارب . فمثل هذا الفرض يأخذ حكم

---

(١) راجع في ذلك :
M.A. Hermitte, Le Corps. hors du Commerce, hors du marché, archives de philosophe du droit, Sirey, 1988, n. 33.

(٢) F.R. Dazognet, art. préc., 1988, P. 155.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفرض السابق . بل إن الوضع قد يكون ـ هنا ـ أخطر بعض الشيء لأن « محل » التجارب مريض ، وقد يُوجد تحت ضغط أو إكراه أدبي من جانب الطبيب .

أما التجارب التي ، وإن كنت لا تهدف إلى فائدة علاجية مباشرة للمريض ، لكنها تؤدي إلى اكتساب ، في المدى الطويل ـ معرفة جيدة بالنسبة للمرض الذي يعاني منه المريض « محل » التجارب ، فيمكن اعتباره ـ مع التوسع في التفسير ـ « كفرع » تابع لعقد العلاج الأصلي والفرع يتبع ـ كما هو معروف ـ الأصل[1] . ويمكن تبرير هذا الوضع بالقول بأن المريض قد قبل ـ بإرادة مستنيرة ـ إجراء التجارب عليه مقابل فائدة رمزية على سبيل التضامن مع غيره من المرضى بشرط أن تكون المخاطر المحتملة قليلة ، وفي هذا الفرض ، فإن عقد إجراء التجارب لا يُثير ـ إذا صح مثل هذا التحليل ـ صعوبات تذكر من حيث مشروعيته ، فهو عقد ـ في هذه الحالة ـ صحيح وجائز قانوناً . لكنه يجب أن تكون الموافقة صريحة ومستنيرة ، وليست صادرة تحت تأثير أي ضغط يكون قد وقع عليه من الطبيب المعالج . كما أن المخاطر المحتملة من جراء هذه التجارب يجب أن تكون شبه منعدمه ، أو طفيفة .

(٧٤) والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن القول ببطلان عقود التجارب على إنسان سليم بهدف اكتساب المعرفة في كل الأحوال وفي كافة الظروف لإهدارها مبدأ عدم قابلية جسم الإنسان للتصرف هو قول يحتوي على كثير من التشدد . حيث يمكن ـ في نظرنا ـ تصور بعض الظروف التي من خلالها يمكن القول بصحة عقود التجارب ، دون أن نهدر مبدأ عدم قابلية جسم الإنسان للتصرف .

فهناك بعض التجارب التي يشارك في تحقيق الهدف منها الشخص نفسه « محل » التجارب . مثال ذلك الرحلات القطبية (القطب الجنوبي أو

---

(١) راجع :

G. Goubeaux, La régle de l'accessaire en droit privé, L.G.D.S., 1969.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الشمالي)[1] ، والاختبارات التي تجري تحت الأرض . وتتميز هذه التجارب بأن الشخص الذي تجري عليه التجارب يقوم ـ هنا ـ بدور مزدوج : فهو ـ من ناحية ـ « محل » للتجارب ، ومن ناحية أخرى ، يشارك في تحقق أهداف التجارب . بل قد يصعب التفرقة أو الفصل بين من يقوم بالتجارب ، وبين الشخص « محل » التجربة .

وفي مثل هذه الفروض ، يُقال أن الشخص حر ـ قانوناً ـ[2] بالتصرف في جسده ، لأنه لا يتصرف فيه ـ هنا ـ لمصحلة شخص آخر . وقد أخذت اللجنة الوطنية للأخلاق في فرنسا بذات التعليل في طلب قدم إليها بخصوص صورية التغيرات القلبية في حالة انعدام الجاذبية[3] . إذ أبرزت اللجنة ـ في تعليلها ـ المساهمة الفعالة والإيجابية للأشخاص الخاضعين للاختبارات . مثال ذلك رجال الفضاء . بل إن اللجنة قد أضفت على هذه التجارب صفة « الأعمال » التي تستوجب الحصول على مقابل . وقد يبدو من الأفضل وصف هذه الممارسات بأنها أعمال « مهجنة » hybride ، أي اعتبار التجارب « فرعاً » تابعاً لعقد عمل تماماً مثل التجارب العلاجية التي اعتبرناها « فرعاً » تابعاً لعقد العلاج .

والحقيقة أن التجارب حينما تكون « فرعاً » تابعاً لعقد آخر ذو محل وسبب مشروعين ، فإنها تكون ـ حينئذٍ ـ أقل « إزعاجاً » للنظام العام . وهكذا يمكن ، عن طريق الحاق التجارب بهدف اكتساب المعرفة إما بعقد علاج ، أو عقد عمل ، أن نتحاشى إهدار مبدأ عدم قابلية الجسم الإنساني للتصرف . ففي مثل هذه الحالات ، لا يمكن القول بأن الشخص الخاضع للتجارب مجرد « أداة » أو « وسيلة » من وسائل البحث . حيث يحتفظ بمساهمة رمزية في تحقيق التجارب ، أو يبغي الحصول على فائدة رمزية من وراء القيام بمثل هذه التجارب . فالدافع من وراء الموافقة على مثل هذه

---

(١) M. A. Hermitte, art. préc., P. 42.

(٢) الاشارة السابقة.

(٣) مشار إليه في ماري هيرميت، السابق الإشارة إليه، ص ٤٢.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التجارب ، دافع مشروع تماماً . لكنه يجب عدم تخطي هذا الحاجز ، فهو الضمان الحقيقي لاستبعاد شبهة موافقة الشخص لأن يكون محلاً للتجارب بدافع مالي . إذ يتحقق - في هذا الفرض - المساس بمبدأ خروج الجسم الإنساني عن دائرة التعامل[1] !

ب - شروط انعقاد عقد التجارب :

(٧٥) رأينا أن محل عقد التجارب يمكن - في بعض الفروض - أن يكون مشروعاً . ومن ثم ، فإن العقد يكون - في هذه الحالة - مشروعاً أيضاً . لكنه لا يكفي - في هذا الصدد - وضع المبدأ ، وإنما يجب - فضلاً عن ذلك - أن نحدد شروط انعقاد العقد ، في هذه الحدود ، صحيحاً وملزماً من الناحية القانونية .

وقد يبدو - للوهلة الأولى - أن التعرض لشروط انعقاد عقد التجارب هو من قبيل التزيد الذي لا فائدة منه . فعقد التجارب ، كعقد ، يخضع - من هذه الناحية - للقواعد العامة للعقود بوجه عام من حيث شروط انعقاده ، وشروط صحته[2] ، ومن ثم فلا داعي لتكرارها . لكن الحقيقة أن عقد التجارب يتميز « بذاتية » خاصة تجعله « يتمرد » أحياناً على القواعد العامة للعقود . بل إن بعض الدول الذي نظمته ، أخرجته من طاق النظرية العامة للعقد ، وأخضعته لنظام قانوني Statut légal خاص[3] . ويرجع ذلك - أساساً - إلى أن القانون يحمي من يخضع للتجارب ليس فقط في مواجهة الآخرين ، وإنما أيضاً - وقت الضرورة - من أنفسهم . **فما هي إذن هذه الشروط ؟** .

والحقيقة - في اعتقادنا - أن مشكلة شروط انعقاد عقد التجارب تنحصر في شرط الرضا Consentement أو التراضي الصادر عن الشخص الذي

---

(١) F. Dagognet, Op. Cit., P. 161.

(٢) راجع المواد من ٣١ إلى ١٧٨ مدني كويتي ، والمواد من ٨٩ إلى ١٦٢ مدني مصري ، والمواد من ١١٠١ إلى ١١٥٦ مدني فرنسي .

(٣) A. JACK, Les Conventions relatives á la personne physique, Rév. Crit. le. Juris., 1933, P. 362.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ستجري عليه التجارب . وتبدو هذه الصعوبة من زاويتين :

الأولى : ممن يصدر الرضا ؟

(٧٦) تأتي الصعوبة - هنا - من أن بعض الكائنات البشرية لا يستطيعون - قانوناً - التعبير عن إرادتهم تعبيراً صحيحاً يُعتد به . إما لاستحالة طبيعية ، وإما لاستحالة قانونية . ويمكن أن نذكر أمثلة لذلك بالبويضة الملقحة (موضوع دراستنا) ، والأجنة ، والقاصر ، والمجنون ومن في حكمه . ولا مناص - في هذه الفروض - من اللجوء إلى الممثل القانوني لهذه الكائنات البشرية .

لا صعوبة تذكر إذا كانت التجارب المقترحة تؤدي إلى تحقق فائدة مباشرة للمريض . حيث يمكن القول - حينئذٍ - أن رضا الممثل القانوني يكفي قانوناً لانعقاد العقد . ويمكن - إذا أمكن - الحصول أيضاً على رضا المريض نفسه (كالقاصر مثلاً) . أما إذا كانت التجارب لا تحقق فائدة مباشرة للمريض ، فقد يبدو الرضا الصادر عن ممثله القانوني غير كافٍ لإبرام العقد . فالأمر يتعلق بتضحية أو بادرة تضامن مع المجموع بالنسبة « لمحل » التجارب ، وليس هناك تفويض أو توكيل في التضحية أو التضامن[١] .

أما بالنسبة للبويضة الملقحة ، فإن الاتجاه الغالب[٢] هو ضرورة الحصول على موافقة الزوجين (الأبوين فرضاً) قبل إجراء التجارب والأبحاث عليها (الفرض أن البويضة زائدة عن الحاجة بعد نجاح عملية الزرع) . ويجب - على كل حال - أن يكون رضاء الزوجين صريحاً ومكتوباً ومستنيراً . أي على علم تام بكافة ظروف وملابسات الأبحاث المقترحة[٣] .

---

(١) وإذا كان لا يجوز للولي على المال - كقاعدة - التبرع بمال الصغير (١٣٣٢/ مدني كويتي) ، فكيف يتثنى له - دون نص - إبرام تصرفات قد تعرض سلامة القاصر نفسه للخطر ؟.

(٢) راجع مثلاً تقرير مجلس الدولة الفرنسي . مشار إليه في ماري هيرميت ، المرجع السابق ، ص ٤٤ .

(٣) J.P. Duprat, information et Consentement éclairé du sujet, Rev. dr. saint., 9, 1982, P. 15.

A. K. Maniatis, le Consentement libre et informé, inexpérimentation... Op. Cit., P. 8.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويلتزم الطبيب ـ هنا ـ بالإدلاء بكافة البيانات اللازملاة لتنوير إرادة الزوجين ، وإحاطتهما بكافة المخاطر المحتملة للأبحاث المزمع القيام بها[1] . وسكوته ـ في هذا الفرض ـ يعد خطأ يوجب مسئوليته[2] .

الثانية : هل الرضا شرط لانعقاد العقد فقط أم أيضاً شرط لاستمراره .

(٧٧) لا ينعقد العقد عموماً إلا بتوافق إرادتي طرفيه . أو كما يقرر المشرع : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . . . »[3] . فالتراضي إذن ركن جوهري في العقد لا ينعقد بدونه . فإذا ما استجمع العقد أركانه ، فإنه ينعقد صحيحاً ملزماً لطرفيه ، ويُصبح العقد ـ حينئذٍ ـ قانون الأطراف « لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » (م ١/١٤٧ مدني مصري ، ١٩٦ مدني كويتي) . ومن ثم لا يجوز تعديل العقد أو الفكاك منه بإرادة أحد الطرفين فقط إلا إذا اتفق على ذلك صراحة في العقد .

لكن هذه القاعدة تبدو غير ملائمة تماماً لطبيعة عقد التجارب ونظامه . حيث يجب أن نضع في الاعتبار ـ دائماً ـ أن عقد التجارب ، مع الإقرار بنبل الغاية ، يرد على كائن بشري ، أو على الأقل على بويضة ملقحة تحمل في طياتها « نواة » كائن بشري ، أي إنسان كائن أو محتمل . ولذلك يتجه البعض[4] إلى الإعتراف للشخص « محل » التجارب بالحق المطلق بالخروج من التجارب إذا أبدى رغبته في ذلك . ولا ريب في أن هذا الحق ـ إذا صح هذا الرأي ـ يعني سلطة أحد أطراف العقد (الشخص « محل » التجارب) في إلغاء العقد بإرادته المنفردة خروجاً على القواعد العامة السابق الإشارة إليها آنفاً . وهو خروج تبرره طبيعة عقد التجارب ذاته .

---

(١) راجع في الالتزام بالإدلاء بالبيانات بوجه عام :
نزيه المهدي : الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد ، القاهرة ، ١٩٨٢ .

(٢) J.P. Duprat, art. préc., P. 15.

(٣) راجع نص المادة ٣٢ مدني كويتي ، والمادة ٨٩ مدني مصري .

(٤) راجع في ذلك :
M.A. Hermitte, art. préc., in expérimentation... Op. Cit., P. 44.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويمكن تأصيل هذا الحق الذي يتمتع به الشخص « محل » التجارب على أساس أن الرضا الصادر عنه ليس فقط شرط ابتداء لنشأة عقد التجارب ، وإنما أيضاً شرط لبقائه . ولذلك يجب ـ لكي ينعقد عقد التجارب ـ أن يصدر عن الشخص « محل » التجارب ، أو ممن يمثله ـ رضاءاً حراً ومستنيراً ، ولكي يبقى العقد ويستمر ، يجب أن يظل هذا الرضا قائماً . فإذا أبدى رغبته ـ بعد انعقاد العقد ـ في الفكاك من العقد ، زال بذلك شرط من شروط استمراره ، وانتهى عند هذا الحد .

رابعاً : نقل البويضة الملقحة : Transfert d'embryon :

(٧٨) ١ ـ **تعريف النقل** : يُعتبر مصطلح « نقل البويضة الملقحة » غامضاً بعض الشيء ، ويحتاج ـ من ثم ـ للإيضاح . فهو قد يعني ـ من ناحية ـ « نقل » البويضة الملقحة من أنبوب الاختبار لإعادة زرعها في رحم المرأة صاحبة البويضة . فالنقل ـ هنا ـ عمل مادي لا يعني سوى إعادة الزرع . وقد يعني ، من ناحية أخرى ـ « أخذ » البويضة الملقحة من الزوجين بعد تلقيحها في أنبوب الاختبار ، وإعادة زرعها في رحم إمرأة أخرى غير صاحبتها . فنقل البويضة ـ في هذا المعنى ـ يحدث بتدخل « الغير » . وهذا هو المعنى الذي نقصده عندما نتكلم ـ هنا ـ عن نتقل البويضة الملقحة .

وبهذا المعنى « للنقل » ، يمكن التفرقة بين احتمالين :

أ ـ إعطاء بويضة ملقحة embryon : وهنا تؤخذ نطفة مذكرة من رجل ، ونطفة مؤنثة (بويضة) من إمرأة قد تكون زوجة للرجل وقد لا تكون . وبعد تلقيح النطفة المؤنثة بالنطفة المذكرة يُعاد زرعها في رحم امرأة أخرى لا علاقة لها بيولوجياً بالبويضة المزروعة .

ب ـ غسل ، الرحم Lavage :

ويتم ـ في هذه الحالة ـ تلقيح امرأة صناعياً في الوقت العادي لإفراز

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

البويضة (وقت التبييض)[1] . وبعد خمسة أيام من التلقيح ، يتم « غسل » رحم المرأة لسحب البويضة الملقحة ، ويتم زرعها - بعد ذلك - في رحم لمرأة أخرى . وهذه الأخيرة هي المهيأة لأن تكون « أم » المولود الذي حملته ووضعته . لكنها ليس لها أية صلة بيولوجية بالمولود . على عكس تأجير الرحم ، كما سنرى فيما بعد[2] ، حيث تكون الأم ، حسب اتفاق الأطراف ، هي صاحبة البويضة دون تلك التي حملت الطفل ووضعته . وقد استخدمت هذه الوسيلة ، للمرة الأولى ، في إحدى الجامعات بولاية كاليفورنيا سنة ١٩٨٢ . وقد أثمرت بعض المواليد في الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا[3] .

وهكذا قد تكون « العطية » أو الهبة كاملة إذا كان الزوج عقيماً ، والزوجة غير قادرة ، لسبب أو لآخر ، على التبييض . وهنا يحصل الزوجين على « بويضة ملقحة » لزوجين أو لرجل وامرأة غير متزوجين ، دون أن يكون لهما علاقة بالنطفة « الأمشاج » . وهو فرض قريب من التبني في مرحلة مبكرة . فالتبني - هنا - يقع على بويضة ملقحة وليس على طفل وُلد بالفعل ، وإن كان يختلف عنه من حيث أن الأم « المفترضة » هي التي حملت الطفل ووضعته ، بينما يكون الطفل - في حالة التبني - أجنبي تماماً عن الزوجين .

لكن « العطية » قد تكون ، أيضاً ، « مناصفة » à demi . حيث تؤخذ نطفة الزوج ، ويتم تلقيحها مع بويضة من امرأة ليست زوجته[4] ، ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم زوجته . وحينئذٍ يكون المولود ابناً للزوج ، لكنه ليس ابناً للزوجة . وقد يحدث العكس ، في حالة عقم الزوج ، فتأخذ بويضة

---

(١) ويلاحظ أنه في اليوم الخامس للحيض تبدأ بويضة واحدة في النمو والاستمرار بينما تتقهقر باقي البويضات ويحدث التبويض في اليوم الرابع عشر من بداية الحيض . وهو أنسب موعد لإجراء التلقيح ، راجع :
ندوة الجمعية الطبية الكويتية السابق الإشارة إليها .

(٢) راجع ما يلي ، فقرة رقم ٩٢ وما بعدها .

(٣) J.L. Baudouin et c›L. Riou, Op. Cit., P. 97.
وقد انتقدت هذه الوسيلة لأن احتمالات فشلها مرتفعة جداً .

(٤) نظراً لعدم قدرة الزوجة على التبييض ، كأن يكون المبيض مستأصلاً مثلاً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الزوجة ويتم تلقيحها ، in vitro ، مع نطفة رجل آخر ليس زوجها ، ثم تزرع البويضة في رحم الزوجة . فيكون المولود ابناً للزوجة بيولوجياً ، وليس ابناً - بيولوجياً - للزوج .

٢ - مشروعية « النقل » :

(٧٩) لا ريب في أن هذا الاستخدام للبويضات الزائدة غير مقبول من الناحية الأخلاقية فهو - من ناحية - يؤدي إلى انعدام العلاقة البيولوجية أو الوراثية بين « المولود » ، وبين الأبوين كلياً أو جزئياً . وكل ما يربط « المولود » بالأم هو أنها حملته ووضعته فقط . أما الأب ، فصلته مقطوعة تماماً بالمولود . فهو إذن أب « مفترض » ، اقتصر دوره على منح اسمه للمولود ! .

والحقيقة أن هذا الاعتراض يمكن الرد عليه في الدول التي تُجيز التبني وتنظم أحكامه ، مثل فرنسا مثلاً[١] . فإذا كان التبني جائزاً ، فإن « إعطاء » بويضة ملقحة لزوجين يعانون من العقم يُعتبر جائزاً ربما من باب أولى . أو هو - إذا جاز التعبير - تبني قبل الوضع adoption prénatal[٢] . بل إن التبني قبل الولادة يفضل التبني بالمعنى العادي ، من حيث أن هذا الأخير يرد على طفل لا تربطه بالأبوين أي صلة من أي نوع ، بينما في التبني قبل الولادة ، فإن الأم هي التي حملت المولود ووضعته .

كما أن هذا الاستخدام يُسبب - من ناحية - أخرى مخاطر كثيرة خصوصاً في حالة اللجوء إلى وسيلة غسل الرحم . فالمرأة التي يتم سحب

---

(١) راجع المواد من ٣٤٣ إلى ٣٧٠ مدني فرنسي .

(٢) J. Testart, Op. Cti., P. 118.

F.D. Dejassez, Le droit de la filiation á l'épreuve des pratiques administrative et judiciaires , D. 1986, chraon., P. 305 et s.

وينتقد البعض فكرة التبني قبل الولادة على أساس أن البويضة الملقحة ليست « محلاً » لأي حق من أي نوع ، ومن ثم لا يملك الزوجين الذين تُنسب البويضة إليهما « إعطائها » لشخص آخر لكي يتبناها ، راجع :

- J.R. Devichi, art. prec. P.483, no 43, 44.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

البويضة الملقحة منها تتحمل - في سبيل - ذلك مخاطر متعددة تهدد سلامتها . فمحاولة التلقيح داخل الرحم ، ثم سحب البويضة بعد ذلك تعتبر عمليات دقيقة ، واحتمال عدم نجاحها قائم بنسبة مرتفعة . وقد لا تؤدي عملية السحب إلى استرجاع البويضة الملقحة بما يترتب على ذلك من آثار سلبية نتيجة لتكرار عملية السحب . وقد تجد المرأة نفسها مضطرة إلى اختيار أحد أمرين : الإجهاض أو الحمل . ولا ريب في أنها لم تكن ترغب - من البداية - إلا في إعطاء البويضة للزوجين الذين يعانون من العقم . وهكذا تجد هذه المرأة نفسها تدخل في احتمالات أخرى لم تكن في حسبانها . .

كما أن هذه الوسيلة تعرض البويضة الملقحة ذاتها للخطر ، ومن ثم ، يثور التساؤل - من جديد - عن الطبيعة القانونية للبويضة الملقحة « وسحب البويضة من الرحم بعد أن يكون قد استعد لاستقبالها « بفرش ووسائد وجعل جدارة مليئاً بالأوعية الدموية حتى يغذيها وينميها »[١] ، وإعادة زرعها في رحم آخر لم يُهيأ طبيعياً لاستقبالها ليس - بالتأكيد - في صالح البويضة ذاتها . وإنما يهددها بمخاطر قد تؤدي إلى إتلافها[٢] .

وقد أجازت بعض الدول نقل البويضات الملقحة بالمعنى السابق ، مثل ولاية فيكتوريا بأستراليا[٣] ، سواء تم التلقيح in vitro ، أو داخل رحم إمرأة أخرى Lavage ، بشرط أن يتم التلقيح طبقاً لبعض القواعد ، وعن طريق بعض المراكز المعتمدة . لكن دولاً أخرى مثل سويسرا[٤] قد حرمت

---

(١) راجع الشيخ شوقي محمد صالح ، المقالة السابقة.

(٢) ولعل هذا هو السبب الذي من أجله يرى البعض استبعاد هذه الوسيلة ، راجع :
Comission warnock, rapport préc., P. 7.
هذا بالإضافة إلى أن هذا الاستخدام قد يؤدي إلى خلق سوق سوداء للوبيضات اللمقحة ، راجع :
Conité Consultatif national d'éthique, avis rendu le 15 déc. 1986. préc.

(٣) Infertility (médical procedures) actes, 1984, n° 10163.
راجع أيضاً موقف لجنة Ontario لتعديل القانون بكندا :
Report on human artificial reprodaction and related Mathers, 1985.

(٤) Directives médico - étheques pour le traitement de la sterilite par fécondation in vitro et transfert d'embryons, A.S.S.M., Bäle, 1985.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

نقل البويضة الملقحة لغير الزوجين الذين تُنسب البويضة إليهما ، أو من إمرأة لأخرى . وقد أتخذت انجلترا موقفاً وسطاً ، في تقرير لجنة Warnock[1] ، حيث أجازت نقل البويضة إذا كان تلقيحها قد تم in vitro ، بينما أدانت اللجوء إلى وسيلة غسل الرحم Lavage .

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية ، فقد انتهى مجلس المجمع الفقهي الأسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة إلى تحريم الأسلوب الذي يتم بمقتضاه « تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست زوجة له يسمونهم متبرعين ، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة » . ويرجع ذلك إلى أن البذرتين الذكرية والأنثوية ليستا من زوجين[2] .

تكاد تقترب هذه الصورة مما كان يسمى في الجاهلية بنكاح الاستبضاع الذي حرمته الشريعة الغراء تحريماً مطلقاً . وفي ذلك تقول السيدة عائشة رضي الله عنها في حديثها عن أنواع النكاح في الجاهلية : « إن النكاح كان في الجاهلية على أربعة أنحاء . . . نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها . والنكاح الآخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه ، ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه ، فإذا تبيّن حملها أصابها زوجها إذا أحب ، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد ، فكان هذا نكاح الاستبضاع . . . »[3] .

---

(١) Report of the Committe of inquiry into human Fertilization and embryology, London, 1984, P. 39 et s.

(٢) الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، الإنجاب في ضوء الإسلام ، ١٩٨٣ ، ص ٨١ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه في كتاب النكاح، مشار إليه في محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، ص ٥١٧ ، ٥١٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

خامساً : إتلاف البويضات الملقحة Détruire l'embryon :

(٨٠) رأينا أن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة ، بعد نجاح عملية الزرع ، تتعدد احتمالات استعمالها . فقد تجمد لاستعمالها في عملية زرع أخرى ، وقد تستخدم ـ بشروط ـ في إجراء الأبحاث والتجارب ، وقد تنقل لزرعها في رحم امرأة أخرى غير صاحبة البويضة . مع ملاحظة أن التجميد يؤجل مواجهة المشكلة بدلاً من حلها . إذ تثور ـ بعد انتهاء فترة التجميد ـ مدى إمكانية استخدام البويضة في غرض آخر خلاف إعادة زرعها في رحم صاحبتها .

وقد يبدو ـ للوهلة الأولى ـ أن إتلاف الوبيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة هو الحل الذي يضع حداً لكافة الصعوبات السابقة . لكن هذا الحل لا يبدو ـ مع ذلك بديهياً إذ يتوقف اللجوء إلى مثل هذا الحل على مدى جواز « إعدام » البويضة الملقحة من الناحيتين الشرعية والقانونية ، ولا ريب في أن القول بالجواز من عدمه يتوقف ، بالدرجة الأولى ، على طبيعة البويضة الملقحة وما إذا كانت تعتبر جنيناً أم لا .

وتكمن العصوبة ، في اعتقادنا ، في أن الجنين يبدأ حياته من اليوم الأول للحمل إذ يكتسب الجنين حماية خاصة منذ اليوم الأول لتكوّنه . وإذا كان الإتلاف في التلقيح الصناعي يقابل الإجهاض في التلقيح الطبيعي من حيث أن كلا منهما يؤدي إلى وضع حد لحياة الجنين ، فما مدى جواز الإجهاض شرعاً وقانوناً ؟

جعل القانون ، في كل من مصر والكويت[1] ، من الإجهاض ـ أو الإسقاط ـ جريمة . سواء كان مرتكب فعل الإجهاض هو المرأة الحامل نفسها ، أو كان شخصاً آخر أوقع عليها العدوان لهذا الغرض دون رضاها ، أو يكون قد ارتكبه برضاها ـ وتتحقق الجريمة إذا كانت الأنثى المعتدى عليها

(١) راجع المواد ١٧٤ ، ١٧٦ جزاء كويتي ، والمواد ٢٦٠ ـ ٢٦٤ عقوبات مصري .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

حاملاً أياً كان عمر الجنين ، حتى ولو كان في أيامه الأولى .

(٨١) أما بالنسبة للشريعة الإسلامية ، فقد اتفق الفقهاء على أن إسقاط الجنين بعد نفخ الروح فيه « حرام وجريمة لا يحل للمسلم أن يفعله لأنه جناية على حي متكامل الخلق ظاهر الحياة . . . »[١] . أما الإجهاض قبل نفخ الروح ، فيرى أغلب الفقهاء حرمته أيضاً . لأن النطفة إذا استقرت في الرحم صارت إلى التخلق شيئاً فشيئاً[٢] . ولا يجوز إسقاط الجنين إلا « إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه (الجنين) بعد تحقق حياته هكذا يؤدي لامحالة إلى موت الأم فإن الشريعة بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين . فإذا كان في بقائه موت الأم ، وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً »[٣] .

وإذا كان الإجهاض الإرادي محرماً هكذا في الشريعة الإسلامية أياً كان عمر الجنين إلا لضرورة ، فهل يعتبر إتلاف البويضة الملقحة في حكم الإجهاض يأثم ـ بالتالي ـ فاعله ؟ قد يحمل على هذا الاعتقاد أن الحمل يُسمى جنيناً منذ اللحظة التي يلتقي فيها الحيوان المنوي بالبويضة مكونين خلية تتكاثر حتى تُصبح خلقاً مصوراً متكاملاً[٤] . ومن ثم ، فالإجهاض يتحقق منذ اللحظة الأولى لتكوّن الحمل . وقد يُقال ـ بناءً على ذلك ـ أن إتلاف البويضة الملقحة خارج الرحم in vitro يأخذ حكم الإجهاض . فالجنين ، منذ أن كان خلية واحدة إلى أن يتم تكونه وتخلقه ، كائن حي بدليل نمائه . وهو أصل حياة الإنسان ومرحلة من مراحله ، يجب ـ من ثم ـ أن يأخذ حكمه في عصمة دمه .

---

(١) يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ وما بعدها .

(٢) راجع الروضة البهية، جزء٢، ص٤٤٥ـ المحلي لابن حزم، ص ١١ .

(٣) محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٢٠ .

(٤) ويرى البعض أن الحمل لا يبدأ إلا من تاريخ العلوق ، أي تعلق البويضة الملقحة بجدار الرحم ، راجع ما سبق ، فقر رقم .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وبالرغم من « منطقية » هذا التصور ، إلا أنه أغفل عنصراً هاماً وجديداً يجب ألا يغيب عن الأذهان بالنسبة للبويضة الملقحة خارج الرحم . فالحماية التي أضفتها الشريعة الغراء على الجنين ترجع إلى حمايته في ذاته لكونه في بطن أمه . فوجود الجنين إذن في بطن الأم عنصر ضروري لإضفاء الحماية عليه . فالجنين ، لغة واصطلاحاً ، هو « حمل المرأة ما دام في بطنها »[1] فإن خرج حياً فهو « طفل » أو « ولد » ، وإن خرج ميتاً فهو « سقط » . فالحمل بعد خروجه من بطن الأم ليس جنيناً . ويمكن القول قياساً على ذلك ، أن الحمل قبل غرسه أو زرعه في رحم الأم ليس جنيناً أيضاً . ويترتب على ذلك أن البويضة الملقحة لا تأخذ حكم الجنين قبل زرعها في رحم المرأة التي ترغب في الحمل . ومما يُرجح هذه الوجهة من النظر أن البويضة الملقحة « الزائدة » قد تُجمد لاستخدامها في عملية زرع أخرى في المستقبل . وقد تطول فترة التجميد شهراً أو سنوات . وليس من المقبول ، عقلاً ومنطقاً ، اعتبار البويضة الملقحة جنيناً طوال فترة التجميد . فاعتبارها جنيناً قد يؤدي ، في بعض الحالات ، إلى نتائج جد غريبة ، فإذا مات الرجل صاحب النطفة المذكرة وزوج المرأة صاحبة البويضة التي تم تلقيحها في أنبوب الاختبار ، فإن اعتبار البويضة الملقحة جنيناً يوجب حجز حصته في الميراث باعتباره ذكراً إلى حين تمام ولادته حياً . مع أن زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة قد لا يتم إلا بعد سنوات ، وقد لا يتم إطلاقاً ! .

وقد أخذت الندوة الفقهية الخامسة التي انعقدت في الكويت[2] بهذا التحليل . فالبويضة الملقحة « الزائدة » عن الحاجة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع كان ، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في رحم الزوجة . ولذلك لا

---

(١) حسن الشاذلي ، المقالة السابقة ، ص ٢٠ .
ـ محدم سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .
ـ محمد سيف الدين السباعي ، الإجهاض بين الفقه والطب والقانون ، دار الكتب العربية ، بيروت ـ دمشق ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٧ ، ص ١١ وما بعدها .

(٢) وقد انعقدت هذه الندوة في الفترة من ٢٤/١٠/١٩٨٩ إلى ٢٧/١٠/١٩٨٩ م ، جريدة الأنباء الكويتية ، ٢٧/١٠/١٩٨٩ ، ص ٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يمتنع إعدامها بأي وسيلة . لكن باعتبارها أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى ، فقد أوصى المشاركين في الندوة بترك البويضة الملقحة لشأنها للموت الطبيعي ، بدلاً من إتلافها أو استخدامها لأغراض البحث العلمي وإجراء التجارب .

وقد رأت الندوة ، بخصوص التصرف في البويضات الملقحة الزائدة ، أن الوضع الأمثل هو ألا يكون هناك فائض منها ، وذلك باستمرار العلماء في أبحاثهم عن طريق الاحتفاظ بالبويضات غير ملقحة ، وعدم تلقيحها إلا عند الحاجة إليها . مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي بعد ذلك . فإذا روعي ذلك ، فإننا لن نحتاج إلى البحث في مصير البويضات الملقحة الزائدة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الباب الثالث

الحمل لحساب الغير

«La gestation pour le Compte d'autrui»

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(٨٢) لا ريب في في أن مصطلح « الحمل لحساب الغير » من المصطلحات الجديدة التي عرفت طريقها إلى لغة القانون في السنوات العشر الأخيرة . وهو مصطلح يثير التساؤل ، بل والتعجب من أكثر من ناحية .

من ناحية لأن فكرة « الغير » ، بالرغم من اتساعها وتعدد تطبيقاتها[١] ، لم يكن من المتصور ـ حتى وقت قريب جداً ـ أن تدخل في نطاق الحمل والوضع . فالحمل ، ومن ثم الوضع ، مسألة شخصية وخاصة جداً قاصرة على طرفيها فقط (الزوجين) ولم يكن للغير أي دور في هذا المجال من قريب أو من بعيد . فالحمل « ثمرة » للعلاقة الجنسية ، والعلاقة الجنسية قاصرة على طرفيها (الزوج والزوجة) فقط . ومن ثم ، فقد كان الوضع دليلاً قاطعاً على الأمومة شرعاً وقانوناً . فالوضع والأمومة صنوان لا يفترقان .

لكن بعد اكتشاف الوسائل الحديثة للإنجاب الصناعي ، أصبح للغير دور في عملية الحمل ، الأمر الذي ترتب عليه ـ بالضرورة ـ بعض الصعوبات القانونية والأخلاقية . وقد يكون هذا الدور هو « إعطاء » بويضة مؤنثة ، أو نطفة مذكرة ، وقد يكون القيام بعملية الحمل ذاتها لحساب الأم صاحبة البويضة ، والأب صاحب النطفة . هذا فضلاً عن دور الطبيب نفسه الذي يتولى القيام بعملية التلقيح . إذ بدونه يستحيل حدوث حمل صناعي .

---

(١) وبالرغم من تطبيقاتها المختلفة في كافة فروع القانون ، إلا أنها ليست لها معنى «واحد» في كافة المجالات . فهي إذن فكرة «تعددية» pluraliste ، و«طائفية» Catégorielle أو فئوية . فمعناها مثلاً في المجالا التعاقدي يختلف عن معناها في الرهن ، يختلف عن معناها في المسؤولية . . . وهكذا . راجع في فكرة الغير عموماً:

- J. M. Aussel, essai sur la notion de tiers en droit civil, thèse Montpellic dacty. 1951.
- Becquart, les mots à sens multiple dans le Code Civil, thèse Lille, 1928.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ومن ناحية أخرى ، فإذا كان من المألوف ـ قانوناً ـ أن نتصرف لحساب الغير ، كالوكالة مثلاً[1] فليس من المألوف ، عقلاً وقانوناً ، أن « نحمل » gestation لحساب الغير . فالتصرف لحساب الغير يتم باسم هذا « الغير » ، وتنصرف آثار التصرف إليه كما لو كان هو الذي أبرم التصرف بنفسه . ويقتصر دور من قام بالتصرف ـ الوكيل ـ على إبرام العقد فقط بحلول إرادته محل إرادة الأصيل[2] . أما الحمل لحساب الغير! فكيف ينصرف أثره إلى « الغير » (الأصيل) مع أن الفرض: أن الأم هي التي حملت ووضعت؟! فانصراف أثر الحمل إلى « الغير » يعني ـ فن هذا الصدد ـ اعتبار الأصيل أسرة المولود؛ أي أمه وأبيه! .

على كل حال ، فإن الحمل لحساب الغير أصبح ـ حالياً ـ إحدى الوسائل المعروفة عملاً للإنجاب الصناعي؛ فما المقصود ـ بداءة ـ بالحمل لحساب الغير؟ .

---

(١) راجع نص المادة ٦٩٩ مدني مصري ، والمادة ٦٩٨ مدني كويتي .

(٢) السنهوري ، الوسيط ، جزء الأول ، ١٩٦٤ ، ص ٢٠٦ ، فقرة رقم ٨٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الاول
تعريف الحمل لحساب الغير

(٨٣) يُقصد بالغير ـ في هذا الصدد ـ الأم التي يُنسب إليها المولود عند ولادته ، فالغير ـ هنا ـ هو المرأة التي كانت قد اتفقت مع امرأة أخرى على حمل بويضة ملقحة لحسابها . ومن ثم ، فإن المولود يحمل ، عند ولادته ، اسم امرأة غير تلك التي حملته ووضعته . أي التي أوصت عليه قبل الحمل ، ! بالإتفاق مع امرأة أخرى . أما هذه « المرأة الأخرى » فيقتصر دورها على حمل البويضة الملقحة حتى لحظة الوضع ، ورد الطفل بعد ولادته لمن أوصت عليه . ولذلك فهي تسمى الأم « الحاملة » Mére porteuse ، أو الأم المستعارة Mére d'emprunte ، أو ، أخيراً ، بالحلول Mére de substitution[1] .

والواقع أن هذه الوسيلة من الإنجاب تُغطي ـ من الناحية العملية ـ أكثر من فرض[2] :

---

(١) وتسمى أيضاً أم بالتفويض mère par procuration أو أم بالنيابة mère de remplacement كما تسمى العملية في ذاتها أمومة بالاستبدال maternité par substitution ، أو إيجا الرحم Location d'utérus ، أو إعارة الرحم prêt d'utérus ، أو البيع حسب الحالة المستقبلة vente en l'état futur d'achevement ، أو البيع الإيجاري Location- vente ، راجع :

- J.R. Devichi, art. préc., p. 489, note n° 166.

(٢)
- J.R. Devichi, La gestation pour le Compté d'autrui, D 1985, chron., p. 147 ets.
- Harichaux, L'assurance matéraité et la maternité par pubstitution, Rev trim. dr. Danc et Dac., 1985, p.555 ets.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فقد تنسب البويضة الملقحة invitro للزوجين الذي يُنسب إليها المولود عند ولادته ، ثم تزرع هذه البويضة في رحم امرأة أخرى (الحامل) تكون مهمتها « حمل » الجنين إلى حين ولادته ، وإعادته ـ بعد الولادة ـ لأصحاب البويضة . فالمولود يُنسب بيولوجياً للأب والأم ، لكن الحمل والوضع حدث بواسطة امرأة أخرى غير الأم . أي أن التلقيح الذي تم خارج الرحم ، في أنبوب اختبار ، كان بين نطفة الزوج ، وبويضة الزوجة . ثم تزرع البيوضة الملقحة في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها .

وقد تُنسب البويضة المؤنثة للمرأة التي تطوعت بالحمل . وحينئذ تؤخذ منها البويضة حيث يتم تلقيحها في أنبوب اختبار بنطفة رجل آخر ليس زوجها . وبعد الوضع يُنسب المولود للرجل صاحب النطفة المذكرة وزوجته . وهنا لم يقتصر دور المرأة المتطوعة بالحمل على رعاية الحمل وإعادة المولود فقط ، وإنما تجاوز ذلك إلى « التبرع » ببويضتها . ولا يُنسب المولود ـ في هذا الفرض ـ بيولوجياً إلا للأب فقط . أما الأم « المفترضة » ـ زوجة صاحب النطفة ـ فهي غريبة تماماً عن المولود . إذ ليس من نطفتها ، كما أنها لم تحمله ، ومن ثم لم تضعه . فهي إذن أم « اجتماعية » فقط ، ويلجأ إلى هذه الوسيلة حينما تكون الأم « الاجتماعية » عقيماً لأن بيضها غير منتج ، وليس لديها القدرة على الحمل لسبب في رحمها .

وقد تُنسب البويضة المؤنثة للمرأة المتطوعة بالحمل ، وتُلقح أيضاً بنطفة زوجها ، ثم يُعاد زرع البويضة الملحقة في رحم التي تطوعت بالحمل لحساب زوجين آخرين ، وبعد الوضع تقوم « برد » المولود للزوجين الّذين تم الحمل لحسابهما . ولكن المولود ـ هنا ـ غريب تماماً عن أبويه ، ولا تربطه بهما أية رابطة بيولوجية ، أو أي نوع من أنواع الرعاية خلال الحمل أو الوضع . وهو ـ على العكس ـ ابن شرعي لمن تطوعت بالحمل وزوجها . فالرابطة البيولوجية قائمة ، والرعاية خلال مدة الحمل والوضع قد تحققت .

وقد تُنسب ـ أخيراً ـ البويضة الملقحة لزوجين ، وتزرع في رحم امرأة أخرى غير الزوجة صاحبة البويضة لحساب زوجين آخرين . فالولد إذن ابن

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لزوجين ، حملته ووضعته امرأة أخرى غير أمه ، وينسب لوالدين ليس بينهما وبين المولود أي علاقة بيولوجية أو حقيقية . ويؤدي هذا الفرض إلى « تشتت » وضع الطفل « ثمرة » التلقيح : فهو بيولوجياً ابن للزوجين صاحباً البويضة الملحقة ، وفعلياً ابن للمرأة التي حملته ووضعته . (فالأمومة تثبت بالولادة) ، واجتماعياً وقانونياً ابن لزوجين آخرين لا يربطه بهما أي علاقة ، واقتصر دورهما على التوصية عليه! فهو إذن في حكم التبني المبكر ، أي قبل الولادة prénatal .

(٨٤) والحقيقة ، في اعتقادنا ، أن الحمل لحساب الغير لا يشمل ، بالمعنى الدقيق ، سوى الفرض الأول فقط . أي في حالة ما إذا كانت البويضة الملقحة تُنسب لزوجين ، وتتطوع امرأة أخرى بحمل البويضة الملقحة لحساب الزوجة إلى حين الوضع . فالذي يُميز هذه الوسيلة ليس إجراء عملية التلقيح خارج الرحم in vitro ، وليس « التبرع » بالبويضة الملقحة من شخص لآخر ، وإنما أن الحمل قد تطوعت امرأة أخرى بالقيام به نيابة عن الأم البيولوجية ولحسابها لسبب أو لآخر . وهو الأمر الذي جعل البعض[1] يسمى هذه الحالة بتأجير الرحم Location d'utérus .

وبذلك يمكننا أن نحتفظ بذاتية خاصة لكل وسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي ، وحتى لا تختلط أو تتداخل وسيلة بأخرى . فالذي يُميز وسيلة التلقيح الداخلي هو أن الحمل يحدث نتيجة « لحقن » الزوجة بماء زوجها ، والذي يُميز التلقيح الخارجي هو أن الحمل يحدث خارج الرحم في أنبوب اختبار ، أما ما يُميز الحمل لحساب الغير أو تأجير الرحم فهو ، في نظرنا ، أن التي تقوم بالحمل والوضع امرأة غير المرأة صاحبة البويضة وإذا كان الحمل لحساب الغير لايتم - عملا - إلا بحدوث التلقيح - بداءة - خارج الرحم ، ثم تزرع البويضة الملقحة ، بعد ذلك ، في رحم المرأة « الحاملة » ، إلا أنها لا تختلط - مع ذلك - بالوسيلة السابقة وهي التلقيح

---

(١) وتُسمى شرعاً الرحم «الظئر» راجع : خالد المذكور ، المقالة السابقة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

خارج الرحم . إذ تظل متميزة عن غيرها . فمن تقوم بالحمل والوضع غير تلك التي تقدم البويضة . وهذا هو جوهر الحمل لحساب الغير كما يدل عليه المصطلح ذاته .

ولعل ما يؤكد صحة ما ذهبنا إليه هو أن تطوع امرأة بحمل البويضة الملقحة نيابة عن امرأة أخرى ولحسابها هو القاسم المشترك بين الفروض الأربعة السابقة . **يستوي ، بعد ذلك** ، أن تكون البويضة الملقحة تُنسب للزوجين الذين سيُنسب إليهما الطفل بعد ولاته ، أو تُنسب لغيرهما . فالمهم أن الحمل ، والوضع ، قد قامت به امرأة أخرى غير الأم البيولوجية أو الإجتماعية . أما التبرع بالنطفة المذكرة ، أو بالنطفة المؤنثة ، أو بالبويضة الملقحة ، فهي ـ في هذا الصدد ـ مسائل ثانوية ، فضلاً عن سبق التعرض لها تفصيلاً[1] .

(٨٥) وبناء على هذه الملاحظات ، يمكننا تعريف الحمل لحساب الغير بأنه: موافقة امرأة على « حمل » بويضة ملقحة لا تُنسب إليها لحساب امرأة أخرى « وتسليم » المولود لها بعد ولادته . ويرى البعض[2] أن الحمل لحساب الغير يشمل أيضاً الفرض الذي تتطوع امرأة بالحمل والتبرع بالنطفة المؤنثة التي يتم تلقيحها بنطفة زوج المرأة التي أوصت على الطفل ، والتي سيُنسب إليها بعد ولادته . والحقيقة ، في نظرنا ، أنه يجب استبعاد هذا الفرض أيضاً من نطاق الحمل لحساب الغير الذي يقتصر دور المرأة المتطوعة على « حمل » البويضة الملقحة فقط ، دون أن يكون لها أي دور آخر .

ويترتب على ذلك:

أ ـ أن البويضة الملقحة تُنسب ـ بحسب الأصل ـ لرجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية . حيث يتم ـ حينئذ ـ سحب البويضة المؤنثة من رحم الزوجة وتلقيحها in vitro بنطفة زوجها . ثم تزرع ، في الموعد المناسب ، من رحم

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة رقم ٤٨ وما بعدها .

(٢) J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 107.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المرأة التي تطوعت بالحمل . فالمولود ابن للأم صاحبة البويضة من الناحية البيولوجية .

ب ـ أن دور المرأة المتطوعة يقتصر فقط على حمل البويضة الملقحة ، « ورد » الطفل بعد ولادته إلى الزوجين صاحبا البويضة الملقحة . ويلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها ، لكن مبيضها سليم منتج ، أو تكون غير راغبة في الحمل ، لسبب أو لآخر ، فتتطوع لها امرأة أخرى بالحمل عنها . أما إذا تجاوز دورها ، فضلاً عن الحمل ، إلى التبرع ببويضة مؤنثة لتلقيحها بنطفة زوج المرأة التي أوصت على المولود ، فهي أم للطفل من الناحيتين الشرعية والقانونية ، ولا يتصور ، عقلاً ، أن تلتزم « برد » ولدها وتسليمه إلى امرأة ليست أماً للمولود لمجرد أنها اتفقت معها على ذلك . ولعل في كلمة « الرد » ما يُفيد صحة التفسير الذي ذهبنا إليه . فالرد لا يرد إلا على « شيء » غير مملوك للملتزم بالرد[1] . كذلك المرأة التي تطوعت بالحمل، فهي لا تلتزم برد طفل يُنسب إليها بيولوجياً وواقعياً. أما إذا لم يكن الطفل ينسب إليها بيولوجيا ، واقتصر دورها على الحمل والوضع فقط ، فإن التزامها بالرد بعد الوضع يُصبح ـ حينئذ ؛ متصوراً عقلاً ومنطقاً.

أما إذا كانت إمرأة قد تطوعت بحمل بويضة ملقحة تنسب لزوجين ، لصالح زوجين آخرين ، فإن التزام من تطوعت بالحمل يكون ـ أيضاً ـ متصوراً ، لأن المولود لا يُنسب لها بيولوجياً . لكن الصعوبة تظهر في مجال آخر وهو لمن « ترد » المولود ؟ هل لمن أوصى عليه ، أم لمن ينسُب إليه بيولوجياً ؟ .

ج ـ أن البويضة التي تزرع في رحم من تطوعت بالحمل يتم ـ قبل زرعها ـ تلقيحها صناعياً في أنبوب اختبار . ومن ثم يُستبعد الفرض الذي يتم

---

(١) مثل التزام المودع لديه برد الشيء المودع (م ٧١٨ مدني مصري ، م ٧٣٠ مدني كويتي) والتزام المستعير برد الشيء المعار (٦٣٥٣ مدني مصري ، م ٦٤٩ مدني كويتي) .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فيه تلقيح المرأة المتطوعة طبيعياً عن طريق الإتصال الجنسي بينها وبين زوج المرأة التي يُنسب المولود إليها بعد ولادته . فالواقعة تُعتبر ـ حينئذ ـ زنا محرم شرعاً وقانوناً . وليس من المتصور ـ أخلاقياً بل وعقلياً ـ أن تحدث جريمة الزنا بهذه الطريقة تحت سمع وبصر الجميع!!! .

واللجوء إلى الحمل لحساب الغير يحدث ـ في الواقع ـ لأسباب طبية . كالمرأة التي تولد بدون أعضاء تناسلية ، أو بدون رحم ، أو من أصيبت بتشوهات أو مرض يجعل الحمل مستحيلاً ، أو المرأة التي ليست لديها القدرة على استكمال مدة الحمل حتى نهايتها ، أو تخشى حدوث مضاعفات خطيرة تهدد حياتها أو صحتها بسبب الحمل . وقد يكون لمجرد عدم انتقال بعض الأمراض الوراثية إلى المولود عن طريق أمه البيولوجية .

وقد يكون اللجوء إلى هذه الوسيلة لمجرد الموافقة أو الملاءمة لظروف المرأة ووضعها . فقد تشغل امرأة ما منصباً هاماً ، وترغب في إنجاب ولد دون أن تكون مضطرة إلى التوقف عن العمل مثلاً[1] . أو تكون المرأة قد تقدمت في العمر ، وتخشى مخاطر الحمل المتأخر . أو ـ ببساطة ـ المرأة التي تخشى تغيرات الحمل الجسمانية وتأثيرها سلباً على الجسم .

والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن هذه الوسيلة للإنجاب الصناعي يجب أن تهدف ـ كغيرها من الوسائل ـ إلى علاج مشكلة العقم أساساً والتغلب عليها . فهي وسيلة لمساعدة الأسرة التي تعاني من العقم وترغب في الحصول على طفل من صُلبها . فالضرورة تقدر ـ كما ذكرنا ـ بقدرها . وإذا أمكن أن يحدث الحمل دون اتصال جنسي بين الزوجين ، فليكن ذلك في حدود الهدف الرئيسي وهو التغلب على مشكلة العقم ، وتحقيق رغبة الأمومة[2] والأبوة .

---

(١) J. L. Baudouin et C. L. Roiu, op. cit., p. 108.

(٢) وهو السبب الذي جعل امرأة ، في فرنسا ، تقبل «حمل» طفل لحساب أختها التوأم . وقد أثمر الحمل عن ولادة St´ephane سنة ١٩٨٣ ، راجع :

- J. R. Devichi, op. cit., p. 490, n° 55.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الثاني

مشروعية الحمل لحساب الغير

(٨٦) رأينا أن جوهر هذه الوسيلة للإنجاب الصناعي هو تطوع امرأة « بحمل » بويضة ملقحة نيابة عن امرأة أخرى يُنسب إليها الطفل بعد ولادته . وقبل أن نعرض لمدى مشروعية هذا التطوع من الناحية الشرعية ومن الناحية القانونية ، نعرض ـ بداءة ـ لتقديم مسلك المرأة « الحاملة » porteuse .

والواقع أن مسلك المرأة التي تقبل « بحمل » طفل لحساب امرأة أخرى يبدو ـ من ناحية الطب النفسي ـ غريباً . وقد يبدو غير مفهوم ، بالنسبة للدور التقليدي ، والمثالي للأم ، أن تقبل امرأة « حمل » طفل ، ثم تركه ـ بعد ولادته ـ والتنازل عنه لأخرى . هكذا ، بمثل هذه البساطة ، تتنازل أم « فعلية » عن ولدها لأخرى . مثل هذا المسلك يبدو غريباً في ضوء غريزة الأمومة ، تلك الغريزة ـ لدى الإنسان والحيوان على السواء ـ التي تدفع الأم إلى الدفاع عن وليدها بكل الوسائل الممكنة إذا استشعرت الخطر في أي لحظة . وهي غريزة تجعل الأم على استعداد تام أن تضحي بنفسها ـ دون تفكير ـ في سبيل وليدها . مثل هذه الغريزة هي التي تُفسر ، دون غيرها ـ سهر الأم وتعبها في سبيل وليدها دون انتظار مقابل من أي نوع كان .

وفي ضوء هذا الواقع ، يبدو تصرف الأم « الحاملة » غريباً يحتاج إلى

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تبرير . وقد أظهرت دراسة حديثة أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية[1] ، أن دوافع المرأة التي تقبل « حمل » طفل وتركه ـ بعد ولادته ـ لغيرها متنوعة ومتعددة وتختلف من حالة لأخرى . وتتراوح هذه الدوافع بين الإيثار الخالص إلى التجارية الصرفة ، أو الرغبة في أداء خدمة للغير ، أو إشباع حاجة شخصية . ولذلك ، فقد تكون موافقة امرأة على « حمل » طفل لحساب غيرها بمقابل ، وقد يكون بغير مقابل بحسب الدافع على موافقتها من البداية . والأصل ، في حالة توافر علاقة قرابة أو صداقة ، أن يكون الحمل لحساب الغير مجاناً وبهدف أداء خدمة لقريب أو صديق . وفي حالة وجود مكاتب تتولى تنظيم العملية وتقوم بدور الوسيط بين المرأة « الحامل » وبين الزوجين الراغبين في الإنجاب ، فإن الدافع يكون الحصول على مقابل مادي[2] .

ونعرض ، فيما يلي ، لمشروعية هذه الوسيلة من الناحيتين الشرعية والقانونية .

---

(١) مشار إليه في :

- P. Parker, Surrogate mother's motivation: initial Jindings, am. J. of psychiatry, 1983, 140, 117.

بودوين وريو ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ ، هامش رقم (٢) .

(٢) وتوجد مثل هذه المكاتب في الولايات المتحدة الأمريكية ، انجلترا ، فرنسا ، وألمانيا ، راجع :

. - J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 108.

وتتولى هذه المكاتب تجنيد النساء لهذا الغرض ، ثم تقوم بفحصهم من الناحية النفسية قبل قبولهم ، وقد تستبعد بعض الفئات لأسباب نفسية أو عصبية .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الأول

من الناحية الشرعية

(٨٧) لعل أول ما يؤخذ[١] ـ أخلاقياً ـ على الحمل لحساب الغير هو أنه وضع نظام الأمومة بل والأسرة بوجه عام موضع الإتهام .

فالأمومة ـ من ناحية ـ مسؤولية[٢] . وهي مسؤولية لا تنفصل ـ بالنسبة للولد ـ عن الأمومة ، كلاهما مُرتبط بالآخر . وتبدأ هذه المسؤولية منذ اللحظة الأولى للحمل ، وتستمر من خلال رعاية الحمل حتى الوضع ، انتهاء برعاية الطفل وتربيته وتعليمه . فالأمومة إذن مرغوبة لكنها ـ في ذات الوقت ـ مسؤولة . وفي ظل هذا المفهوم التقليدي للأمومة تبدو فكرة « ترك » الأم للطفل الذي وضعته لامرأة أخرى مرفوضة بل وغريبة تماماً .

وإذا كانت مسؤولية الأمومة ـ من ناحية أخرى ـ تمتد حلقاتها وتتابع حتى تربية الولد وتعليمه ، فإن نظام الحمل لحساب الغير يؤدي إلى قطع « سلسلة » المسؤولية بالنسبة للولد: فالمرأة التي « أوصت » على الولد لم

---

(١) وقد أعلنت بعض اللجان المُشكلة لهذا الغرض عدائها لنظام الحمل لحساب الغير ، راجع:

في انجلترا - Commission W. arnork, préc., p. 19

في ألمانيا - Commission Benda, préc., p. 19

- Comité d'éthique, avis du 23 oct. 1984, 1895, p. 555 Marichaux, L'assurance maternité et la maternité par substituion, Rav. trim - dr - san. et soc.

(٢) فالأم عليها المحافظة على وليدها ، ورضاعته وحضانته . فالطفل بعد ولادته يكون قاصراً ويحتاج إلى من يعتني بأمره ، وأبواه أقرب الناس إليه ، فيلزمهما مراعاته حرصاً على مصلحة الولد .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تقبل مسؤولية الحمل ، ولا مسؤوليَة رعايته حتى الوضع ، كما أن المرأة التي « حملته » قد قبلت مسؤولية وضعه ، لكنها رفضت مسؤولية تربيته وتعليمه .

كما أن نظام الحمل لحساب الغير يؤدي ـ من ناحية ثالثة ـ إلى قطع العلاقة بين الطفل وأمه الحقيقية عمداً . ومن ثم ، فإن الحمل لم يعد ـ كما كان ـ مرحلة من مراحل العلاقة الدائمة والمستمرة بين الطفل وأمه ، بل أصبح ـ ببساطة ـ مجرد وظيفة مؤقتة لإنجاب طفل . وأصبحت المرأة « الحاملة » كالموظفة محرومة حتى من حق الإستقالة! . وهي لا تهدف من وراء حملها خلق علاقة أبدية وعاطفية مع وليدها ، وإنما تحولت إلى مجرد « أداة » فنية لتحقيق هدف معين .

ويؤدي نظام الحمل لحساب الغير ـ رابعاً ـ إلى النظرة إلى الولد نظرة متدنية . إذ يتحول ـ في ظل هذا النظام ـ إلى مجرد وسيلة لإشباع رغبة أو حاجة . فهو ـ أي الطفل ـ بالنسبة للمرأة « الحاملة » وسيلة لتحقيق حاجياتها الشخصية ، بحسب اختلاف الدافع من امرأة إلى أخرى[1] وقد تكون هذه الرغبة هي أداء خدمة للغير ، أو تحقيق كسب مادي ، أو الرغبة في « كسب » إعجاب الآخرين ، أو حتى مجرد الرغبة في تحقيق الذات لمجرد الشعور بالحمل . لكنه ، أياً كانت هذه الرغبة أو الحاجة فقد أصبح الطفل ـ للأسف ـ وسيلة لتحقيق هذه الرغبة أو تلك .

(٨٨) ومن ناحية أخرى ، يؤدي نظام الحمل لحساب الغير إلى **تعريض مستقبل الطفل للخطر** ، من حيث أنه يسبب له عدة مشاكل نفسية واجتماعية . **وأولى هذه المشاكل** الهجر أو الترك . فالترك بالنسبة للطفل ، أياً كانت الظروف والمبررات ، هو ظاهرة يصعب تحملها نفسياً ، وقد تترك آثار سلبية على نفسية الطفل . وإذا كان من المؤكد وجود حالات هجر أو ترك لأسباب مختلفة ، فإن ذلك لا يُبرر ـ إطلاقاً ـ زيادتها ، بل يجب الحد منها قدر الإمكان .

---

(١) فقد يكون هذا الدافع مجرد أداء خدمة للغير ، أو تحقيق كسب مادي . . . وهكذا ، أو الرغبة في «كسب» المجاب الآخرين ، أو الرغبة في تحقيق الذات لمجرد الشعور بالحمل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما ثاني هذه المخاطر فهي أن نظام الحمل لحساب الغير ينظر إلى الطفل ليس باعتباره كائناً بشرياً ، وإنما مجرد « شيء » أو « محل » أو « بضاعة » . فالمرأة « الحاملة » أي التي تطوعت بالحمل ، قد باعت الطفل أو وهبته . وهو أمر لا يتفق ـ كلية ـ مع كرامة الإنسان وعزته . وقد يخلق ـ من ثم ـ نوع من تجارة الأطفال[١] . وهكذا يمكن لامرأة فقيرة أن تؤجر رحمها لامرأة ثرية لا تريد أن تتحمل مشاق الحمل والولادة ، في مقابل « أجرة » يتم الإتفاق عليها تحصل عليها بعد تمام عملية الوضع وتقديم الطفل لمن أوصى عليه! . وقد نفاجأ ، أو لا نفاجأ! ، بإعلانات في الصحف والمجلات والراديو والتلفزيون عن « أطفال ممتازون للبيع » . وربما يتطور الأمر إلى الإعلان عن أطفال بالكتالوج ، حسب المواصفات التي تختارها من تريد طفلاً . كأن يكون على مستوى معين من الذكاء ، أو من نسل رجال مشهورين . « فقط على الأم أن تختار ما ترغبه وترسل طلبها إلى البنك (المتخصص في حفظ الأجنة والسائل المنوي) ليُرسل لها ما تريد مقابل مبلغ من المال . . . »[٢] .

وثالث هذه المخاطر أن مصير الطفل وإلحاقه بأسرة معينة قد يكون ـ في بعض الحالات ـ غير مؤكد ، بل وقد يكون محلاً للنزاع بين الأم « الحاملة » والأم التي أوصت عليه . وهكذا فقد تتمسك الأم « الحاملة » بالطفل لتحتفظ به لنفسها وترفض تسليمه ، أو « رده » إلى من أوصت عليه[٣] . أو قد ترفض المرأة التي أوصت عليه استلام الطفل لإصابته بتشوهات أو أمراض معينة وُلد بها ، كما ترفض المرأة « الحاملة » الإحتفاظ

---

(١) Gobert, Les incidences juridiques de progrés des sciences biologiques et médicales, in Génétique, procréation et Droit, op. cit., p.. 190 Harichaux, art. préc., p. 555.

(٢) راجع : أطفال بالكتالوج؟! طفل أشقر . . . أو طفل أسود . . . لا يهم . .!! ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٤٧٠ وما بعدها .

(٣) وهو ما حدث في الولايات المتحدة حديثاً بالنسبة للطفلة (Baby M.) ، راجع :
J. L. Baudouine et C. L. Riou, op. cit., p. 112, note n° 2 bis.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

به . ويُصبح الطفل ، في هذا الفرض ، كالبضاعة التي يرفض المشتري استلامها لعدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها ، أو ردها بعد استلامها لإصابتها بعيب خفي لم يستطع اكتشافه عند إبرام العقد!!! . وقد تلجأ الأم « الحاملة » إلى القضاء لإلزام المشتري (أو الأم التي أوصت على الطفل) باستلام البضاعة ، أقصد الطفل؟!!! .

وأخيراً: فإن معرفة الطفل للطريقة التي تم بها إنجابه قد تؤثر ـ حقيقة ـ على شعوره ونفسيته ، وقد يُصبح نتيجة لذلك ـ إنساناً منطوياً ، محباً للعزلة ، يخشى المجتمع وقد يُصبح ناقماً عليه .

الخلاصة إذن أن وسيلة الحمل لحساب الغير تؤدي ـ في النهاية ـ إلى « تشيىء الطفل » وتحميله مخاطر غير مقبولة من الناحية الأخلاقية والاجتماعية والنفسية[1] .

(٨٩) **أما بالنسبة للمرأة « الحاملة »** ، فإن وسيلة الحمل لحساب الغير يؤدي إلى اعتبارها مجرد « محل » أو أداة للحمل لا أكثر . وتتحول العملية ـ في التحليل النهائي ـ إلى ما يشبه عارية الاستعمال . إذ يتم ـ في هذه الحالة ـ استعارة جسم أنثى من أجل إشباع رغبات أشخاص أخرى . ويُصبح الأمر ـ دون شك ـ في غاية الخطورة إذا تمت العملية مقابل مبلغ من النقود . إذ يتحول الأمر ـ ببساطة ـ إلى استثمار جسم المرأة تجارياً!؟ . وقد يتحول الأمر إلى نظام قريب من الدعارة[2] يجذب إليه بعض النسوة بهدف تحقيق ربح مادي ، إن لم يكن شكلاً من أشكال العبودية[3] .

---

(١) M. Harichaux, Le Corps objet, in Bioéthique et Droit, op. cit., p. 143.

(٢) J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 113.

(٣) F. Terr´e, d'enfant de l'esclave, éd. flam., 1987, p. 188.

ـ د . خالد المذكور المقالة السابقة ، جريدة الأنباء ، ١٥ / ٩ / ١٩٨٩ .

ـ تأجير الأرحام حمل لاإنساني لمشكلة إنسانية ، مجلة المجتمع الكويتية ، العدد ٩٥٠ ، السنة العشرون .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(٩٠) أما بالنسبة للشريعة الإسلامية ، فيبدو أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة يُفرق بين فرضين: الأول: أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بزرتي زوجين ، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها ، الثاني: أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الإختبار بين بذرتي زوجين ، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة ثانية للزوج نفسه صاحب النطفة المذكرة ، التي تتطوع بحملها عن ضرتها . وقد أجاز مجلس المجمع الفرض الثاني عند الحاجة ، وحرم الفرض الأول لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين[1] . لكن المجلس يُنصح ـ مع ذلك ـ الحريصين على دينهم ألا يلجأوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى ، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح .

وقد ذهب المجلس ، بالنسبة للفرض الثاني الذي قرر إجازته ، إلى أن أم الطفل هي صاحبة البويضة التي تم تلقيحها بنطفة الزوج . أما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضرتها ، فتكون في حكم الأم من الرضاع بالنسبة للمولود لأنه اكتسب من جسمها وأعضائها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم منه النسب .

(٩١) والحقيقة أن هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب يترتب عليها مشاكل كثيرة ، قد يصعب ـ أحياناً ـ حلها . فهي تؤدي ـ من ناحية ـ إلى اختلاط الأنساب لجهة الأم . ومن ناحية أخرى ، يظل مصير الطفل مجهولاً إلى أن يتضح حقيقة موقف كلتا المرأتين: الحاملة وصاحبة البويضة . فقد ترفض هذه الأخيرة استلامه ، وقد ترفض الأولى تسليمه . بل قد لا يجد الطفل أسرة تحتضنه إذا رفضت المرأة صاحبة البويضة تسلمه ، ورفضت المرأة « الحاملة » الإحتفاظ به . حينئذ سيجد الطفل نفسه غير مرغوب فيه من أحد ، بل وبدون نسب أو أسرة ترعاه . وأخيراً فإن الصعوبة الحقيقية

---

(١) أنظر القرارات المنشورة في الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨١/ ١٦ يناير ٩ ص ٤٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تكمن في تحديد الأم الحقيقية للمولود: وهل هي التي حملته ووضعته ، أم تلك صاحبة البويضة؟ .

لا ريب في أن الطفل - أي طفل - هو نتاج عنصرين لا وجود له بدونهما أو بدون أحدهما.

أ - بويضة الزوجة التي يتم تلقيحها بنطفة زوجها . حيث تفرز المرأة بويضة واحدة كل شهر ، تحيط بها مجموعة من الخلايا تكون لها كالتاج المشع . و« تبقى البويضة يوماً كاملاً في انتظار رفيق العمل وزوج المستقبل فإن لم يأت فسرعان ما تذوي وتموت . . . أما إذا جاءها موعود القدر ، فإنها تهش للقائه وتفرز شيئاً يسيراً من جدارها لاستقباله . . . فيلج إلى داخلها عبر التاج المشع وعبر الجدار السميك لتستقر نواته داخل نواتها . . وعندئذ تتحد النواتان لتكوّن البويضة الملقحة أو النطفة الأمشاج »[1] . فالأم صاحبة البويضة هي الأم البيولوجية للمولود .

ب - عندما يتم التخصيب وتتكون النطفة الأمشاج من الحيوان المنوي والبويضة ، تبدأ منذ تلك اللحظة بالعمل الجاد وتبدأ بالإنشطار: الخلية تصبح خليتان ، والخليتان أربع وهكذا حتى تتكون مئات الخلايا على هيئة ثمرة التوت ، وعندئذ تسمى التوتة Morulla[2] . ثم تتطور النطفة الأمشج بعد ذلك إلى علقة ، وتبدأ هذه المرحلة منذ تعلق التوتة بالرحم[3] ، وتنتهي ببداية مرحلة المضغة . وتنمو العلقة عن طريق امتصاص الغذاء من البرك الديوية الرحمية . « وفي هذه الفترة ، أي فترة العلقة ، يكون الإتصال بين دماء الأم وخلايا التغذية في الجنين اتصالاً مباشراً . وتتغذى الكرة الجرثومية

---

(١) محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨١ ، ص ١٧٨ . والنطفة الأمشاج هي النطفة المختلطة من ماء الرجل وماء المرأة ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ وذلك تفسيراً لقوله تعالى: ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى﴾ صدق الله العظيم .

(٢) محمد البار ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ .

(٣) ويكون ذلك في اليوم السابع من التلقيح .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

من هذه الدماء كما أنها تتغذى بإفرازات الغدد الرحمية التي يبلغ ١٥٠٠٠ غدة رحمية تفرز جميعها ما يسمى بلبن الرحمن الذي تتغذى عليه العلقة »[١] . وتتطور العلقة ـ بعد ذلك ـ إلى مضغة ، وهي عبارة عن كتل بدينة ، ثم تبدأ مرحلة العظام والعضلات والأطراف ، ثم التصوير ، ثم التسوية والتعديل ، وأخيراً مرحلة نفخ الروح[٢] .

وبذلك يتضح لنا بجلاء أن الطفل لكي يولد يمر بمرحلتين يمكن ـ نظرياً ـ الفصل بينهما: مرحلة تلقيح البويضة بالنطفة ، ثم مرحلة الحمل بمراحله ومتاعبه وآثاره المختلفة إلى حين تمام الوضع . ولم يكن الأمر يُثير أية صعوبات تذكر حتى وقت قريب . حيث أن البويضة التي تم تلقيحها كانت تُنسب إلى نفس المرأة التي تقبل الحمل ، وتتحمل متاعبه حتى يحين لحظة الوضع .

أما الآن ، وبعد ظهور ما يُسمى بالحمل لحساب الغير ، أصبحت البويضة تُنسب لامرأة ، غير تلك التي تقبل الحمل ومتاعبه وآثاره . أي أصبحت عملية التلقيح والحمل والوضع موزعة على امرأتين إحداهما أم بيولوجية لأن البويضة الملقحة هي بويضتها ﴿**فلينظر الإنسان مما خُلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب ، إنه على مرجعه لقادر يوم تبلى السرائر**﴾[٣] صدق الله العظيم . والأخرى هي التي تتحمل متاعب الحمل وآثاره ، وتُعطي الجنين ـ الغذاء مهضوماً ، وتأخذ منه السموم وتمنع

---

(١) محمد البار ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ .

(٢) وهذا هو التقسيم القرآني لنمو الجنين الإنساني ، راجع:
ـ شوقي محمد صالح ، المقالة السابقة ، جريدة الوطن ، ٦ / ١٠ / ١٩٨٩ .

(٣) والصلب هو العمود الفقري ، والترائب هي الأضلاع ، وتتكون الخصية والمبيض في هذه النطفة ، أي بين الصلب والترائب ، راجع:
ـ محمد البار ، المرجع السابق ، ص ١١٦ .
فالخصية والمبيض إنما تأخذان تغذيتهما ودماءهما وأعصابهما من بين الصلب والترائب . وبذلك تستقي الحيوانات المنوية لدى الرجل ، أو البيوضة لدى المرأة ، مواد تكوينها من بين الصلب والترائب .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عنه الأذى . فمن هي إذن أم المولود في هذا الفرض؟ من الناحية العملية ، يمكن القول أن كلتاهما قد شاركت في « خلق » الطفل ، بحيث يُنسب إليهما معاً . لكن من الناحيتين القانونية والشرعية ، ليس للطفل سوى أم واحدة فقط هي التي يُنسب إليها الطفل ، وانكار دور الأخرى كلية .

ونظراً لكل هذه المشاكل والصعوبات التي تترب على الحمل لحساب الغير ، ولأن هذه الحالة ليست طبيعية ، فقدر أي البعض « أن ذهاب المجمع إلى الإفتاء بجوازها فيه شيء ، وأولى بهم وهم علماء يتقون الله في أن يراجعوا فتواهم ، وأن يستأنفوا النظر فيها ، فإن حقها كما أرى الحكم بالمنع لا بالجواز . . . »[1] . كذلك يرى البعض الآخر أن الآثار المترتبة على هذا التصرف (الحمل لحساب الغير) خطيرة جداً ، الأمر الذي يرجح القول بخطر هذه العملية ، لما يترتب عليها من مشاكل ، أو على أقل تقدير الاشتباه في علاقة الطفل بصاحبة البييضة[2].

والحقيقة أنه ليس هناك ما يُبرر استثناء حالة ما إذا كانت المتطوعة بالحمل زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة المذكرة وإجازته على خلاف القاعدة العامة في تحريم الحمل لحساب الغير . إذ ليس هناك ما يُميزه حتى يمكن القول بإجازته .

إذ الفرض أنه ليس هناك خلاف على نسب الابن من ناحية الأب . وسواء كانت المتطوعة بالحمل زوجة ثانية لصاحب النطفة المذكرة ، أو كانت غريبة عنه ، فالأب معروف ومُحدد ، ونسب الولد إليه مؤكد ، ولا يتطرق إليه شبهة . أما نسب الولد من ناحية الأم ، فالمشكلة ما زالت قائمة بأكملها سواء كانت الأم « الحاملة » زوجة ثانية للأب أم لا . إذ يبقى الخلاف السابق قائماً

---

(١) الشيخ علي طنطاوي ، آراء في التلقيح الصناعي ، مقال منشور في الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨٨ وما بعدها .

(٢) الشيخ بدر المتولي عبد الباسط ، آراء في التلقيح الصناعي ، مقال منشور في الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨٣ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

حول فيمن تكون أمه: أهي المأخوذة منها البويضة ، أم التي زُرعت اللقيحة في رحمها؟ وإذا كانت الكفة تميل[1] ـ كما سنرى ـ في صالح التي حملته ووضعته ، لكن احتمالات النزاع تبقى قائمة ، كما أننا لا نستطيع أن ننكر أن البويضة مأخوذة من امرأة أخرى هي بالفعل الأم من الناحية البيولوجية . لذلك عاد المجمع الفقهي ، بعد مناقشة ، وحرم هذا الفرض أيضاً[2] .

---

(١) راجع ما يلي ، فقرة رقم ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) أنظر: خالد المذكور ، المقالة السابقة .

ويرى بعض الفقه الفرنسي أنه يصعب إدانة نظام الحمل لحساب الغير في مجموعة: لأن الزوجين الذين يعانون من العقم يعلمون تماماً حالة الأمومة لحساب الغير التي وردت في التوراة ، ومن ناحية أخرى ، فإن التشدد في رفض هذا النظام قد يؤدي ـ عملاً ـ إلى اللجوء لوسيلة تلقيح المرأة «الحاملة» طبيعياً عن طريق معاشرتها جنسياً من قبل زوج المرأة التي تعاني من العقم ، بدون الحاجة لتدخل الطب ، راجع:

- J. R. Devichi, art. préc. rev. trime. dr. civ., p. 492, n° 58.

ويتساءل صاحب الرأي السابق: كيف لا يكون مشروعاً أن يبحث الزوجين عن «ولد» يُنسب إليهم بيولوجياً بنسبة النصف؟ .

وواضح ما في هذا الرأي من ضعف واضح . فالمثال الذي أشار إليه هو زواج سيدنا إبراهيم من السيدة هاجر المصرية لإنجاب ولد يحمل اسمه ، بعد أن تعذر الإنجاب من السيدة سارة زوجته الأولى . وقد أنعم الله عليهما ـ بعد ذلك ـ بالولد . إذ الحقيقة ـ كما ذكرها القرآن الكريم ـ أن السيدة هاجر لم تُنجب «باسم» السيدة سارة ، ومن ثم ليست أمومة لحساب الغير ، وإنما أنجبت بعد زواجها من سيدنا إبراهيم عليه السلام باسمها هي كأم شرعية للأولاد .

كما أن الخوف من اللجوء إلى التلقيح عن طريق المعاشرة الجنسية لا يُبرر ـ إطلاقاً ـ إجازة الحمل لحساب الغير . فالخطأ لا يُبرر خطأ آخر ، وإنما يجب محاربة الخطأ من الأصل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني

من الناحية القانونية

(٩٢) يثير نظام الحمل لحساب الغير ، من الناحية القانونية ، مشاكل متعددة ومتنوعة . ويرجع ذلك ، بالدرجة الأولى ، إلى أن مثل هذا النظام جديد تماماً على الواقع القانوني . إذ من المتصور ، عقلاً ومنطقاً ، أن نقوم بأي عمل لحساب الغير إلا الحمل ، فلا يقوم به سوى الأم نفسها . أما أن تقوم بالحمل ، وكذلك الوضع ، امرأة أخرى لحساب الأم ، فالأمر يستدعي ـ دون شك ـ التساؤل حول طبيعة هذا النظام قانوناً من ناحية ، ومدى صحته ومشروعيته من ناحية أخرى .

وقد رأينا أن نظام الحمل لحساب الغير يتمثل في زرع بويضة ملقحة تُنسب بيولوجياً لزوجين في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها لحساب الزوجين صاحبا البويضة . فما هي طبيعة هذا النظام من الناحية القانونية؟ وهل يُعتبر عقداً يجمع الطرفين؟ .

أولاً : هل هو عقد؟

(٩٣) يرى البعض[١] أن الزوجين لا يرتبطان ـ في الحمل لحساب الغير ـ مع الأم « الحاملة » بأي عقد ، على عكس القوانين الأمريكية التي تسمح بالقول بوجود عقد بين الطرفين . ونظراً لعدم وجود عقد ، من البداية ، بين الطرفين ، وإنما مجرد تفاهم على وضع معين ، فإن هذا الوضع لا يُرتب أي التزامات على عاتق الطرفين . فالأمر لا يعدو ـ في نظرهم ـ مجرد تفاهم أو تنظيم غير ملزم لعملية الحمل ومصير المولود بعد ولادته .

---

(١) - J. R. Devichi, art. préc., Rév. trim. dr. civ., p. 494, n° 60 et 61.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وفي ظل غياب العقد ، يمكن القول ـ في نظر هذا البعض ـ أن المرأة « الحاملة » لا تلتزم ـ نظراً لعدم وجود عقد ـ برد المولود وتسليمه إلى المرأة التي أوصت عليه . ومن ثم ، لا يمكن ـ قانوناً ـ إلـزامها برد المولود ، أو الحكم عليها بتعويض مالي مقابل عدم تسليمها المولود .

ويبدو أن أنصار هذا الرأي يهدفون ـ من وراء القول بعدم وجود عقد ـ إلى إعطاء الحرية للمرأة « الحاملة » للإحتفاظ بالمولود لنفسها إن شاءت ، دون أن تخشى الحكم عليها إما برد الولد ، وإما دفع تعويض مالي للمرأة الأخرى . فالغاية عندهم تُبرر الوسيلة : فإعطاء الحريـة للمرأة « الحـاملة » للإحتفاظ بالمولود يقتضي القول بعدم ارتباطها بأي عقد ، من البداية ، مع المرأة الإخرى .

لكن هذا التحليل « الغائي » لا يتفق مع الواقع من ناحية ، فضلاً عن أنه يمكن ـ من ناحية أخرى ـ الوصول لذات النتيجة حتى مع القول بوجود عقد . فالعقد ـ أي عقد ـ ينعقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متـطابقتين[1] . ويتم ذلك عن طـريق عرض (إيجـاب) مـوجـه من أحـد الطرفين ، يقبله الطرف الآخر . ولا يخرج نظام الحمل لحساب الغير عن هذا التحليل : فالمرأة « الحاملة » تقبل حمل البويضة الملقحة ورد المولود ، والمرأة الأخرى تقبل ذلك ، أو تطلب امرأة من أخرى أن تحمل عنها بويضتها الملقحة ورد المولود بعد ولادته ، وتقبل المرأة « الحاملة » ذلك .

كمـا أن القول بـوجـود عقـد بين الـطرفين لا يمنـع من حق المـرأة « الحاملة » من الاحتفاظ بالمولود إذ ثبت أن العقد بـاطل بـطلاناً مـطلقاً . ولذلك يرى الرأي الراجح أن المرأة « الحاملة » تـرتبط مع المـرأة الأخرى بعقد[2] . فما هي طبيعة هذا العقد؟ .

---

(١) راجع المادة ٨٩ منها مصري والمادة ٣٢ مدني كويتي .

(٢) - C. Atias, Le Contrat de substitution de mère, D.S., 1986, chron., p. 67.
- J. R. Devichi, La gestation pour le Compte d'autrui, D. S., 1985, chron., p. 147.
- P. Kayser, art. préc., p. 195, n° 15 - 14.
- M. Harichaux, Le Corps objet, préc., p 143.
- M. Harichaux, L'assurance maternité et la maternité par substitution, préc., p. 555.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثانياً: طبيعة العقد .

(٩٤) إذا كان هناك - في نظام الحمل لحساب الغير - اتفاقاً بين الطرفين حسب التحليل السابق ، فإنه يبقى أن نتساءل عن التكييف القانوني لمثل هذا الاتفاق .

١ - هل هو بيع؟

(٩٥) فالمرأة « الحاملة » تلتزم - بعد الولادة - بتسليم المولود إلى المرأة صاحبة البويضة . ولا ريب في أن البائع يلتزم - بمقتضى عقد البيع - بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري حسب المواصفات المتفق عليها ، وخالياً من العيوب الخفية . وهو ليس بيعاً وارداً على شيء (طفل) موجود ، وإنما يرد على شيء (طفل) مستقبل . فهو إذن بيع وارد على شيء مستقبل ، أو بالأوفق بيع حسب الحالة المستقبلة!! وإذا كان الحمل لحساب الغير يؤدي - في النهاية - إلى نقل الطفل من أمه إلى امرأة أخرى ، فهو - من هذه الناحية - يقترب من عقد البيع الذي يؤدي إلى نقل ملكية الشيء المبيع - إلى المشتري .

لكن الكائن البشري لا يمكن قانوناً - من تاريخ الحمل - أن يكون محلاً لعقد بيع . فهو ، أي الإنسان ، ليس مالاً ولا شيئاً يمكن أن يكون محلاً لعقد البيع . فالبيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي[1] ولا ريب في أن الإنسان لا يُعتبر - حتى قبل ولادته - شيئاً أو حقاً مالياً حتى يمكن القول ببيعه . كما أن المرأة « الحاملة » تتطوع - غالباً - بالحمل دون مقابل نقدي ، في حين يشترط لوجود البيع - أن يكون في مقابل عوض مالي .

---

(١) راجع المادة ٤٥٤ مدني كويتي ، والمادة ٤١٨ مدني مصري .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ومن ناحية أخرى ، فإن المشتري يتعاقد ـ في البيع ـ على شراء شيء لا يملكه . وما البيع إلا وسيلة قانونية لنقل ملكية الشيء المبيع إليه . أما في الحمل لحساب الغير ، فالمرأة التي أوصت على الطفل (المشترية فرضاً) ليست غريبة تماماً عن الطفل . فهي أمه من الناحية البيولوجية . فالبويضة الملقحة والتي زرعت من رحم الأم « الحاملة » تُنسب إليها وإلى زوجها . وليس من المتصور ـ قانوناً وعقلاً ومنطقاً ـ أن يشتري شخص شيئاً يملكه . اللهم إلا إذا قلنا بأن الطفل مملوك للمرأتين على سبيل الشيوع ـ مناصفة مثلاً! ـ وتشتري إحداهما نصيب الأخرى!!! .

٢ ـ هل هو إيجار؟

(٩٦) الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم[١] . وقد يقال أن المرأة صاحبة البويضة تنتفع بجسم المرأة « الحاملة » مدة زمنية محددة ، هي مدة الحمل ، لقاء عوض مالي . ومن أوجه هذا الانتفاع استخدامه كوعاء للحمل ، ورد الشيء المنتفع به (جسم المرأة الحاملة) بعد تمام الوضع .

وقد يرجح هذاالتحليل أن الحمل لحساب الغير يقترب جداً ، أو ينتمي إلى عقود الدعارة أو البغاء: كلاهما إيجار جزء من جسم الإنسان . لكن هذا التصور غير دقيق . فعلى فرض أن عقد الدعارة يمكن اعتباره إيجاراً من الناحية القانونية (وهو فرض غير صحيح)[٢] فإن الحمل لحساب الغير يختلف جذرياً ، من بعض الوجوه ، عن عقد الدعارة . فالانتفاع ـ في عقد الدعارة ـ يستمر فترة زمنية معينة ، ثم ينتهي بعد ذلك دون أن يترك أي آثار يُعتد بها . أما بالنسبة للحمل لحساب الغير ، فإن الانتفاع بجسم المرأة « الحاملة » يؤدي إلى ميلاد طفل له حقوق قررها الشرع والقانون. وأول هذه الحقوق إثبات نسبه من والديه حفاظاً عليه من الضياع، وإبعاده عن مواطن

---

(١) راجع المادة ٥٥٨ مدني مصري ، والمادة ٥٦١ مدني كويتي .

(٢) راجع: - J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 116

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الذل والعار[1] . هذا بالإضافة إلى أن الإنتفاع بجسم المرأة ، في الحمل لحساب الغير ، قد يترك آثاراً جوهرية على جسم المرأة ذاته ، وقد يؤثر على صحتها النفسية والجسيمة[2] .

ومن ناحية أخرى فالإيجار ـ كالبيع ـ يرد على شيء، بينما يرد الحمل لحساب الغير على كائن بشري، ولا يمكن ـ دون نص ـ معاملة جسم الإنسان كمجرد شيء لا أكثر . هذا بالإضافة إلى أن مثل هذا التّكييف ـ على فرض صعته ـ لا يفسر كافة الآثار المترتبة على العقد . فهو قد يُفسر انتفاع المرأة صاحبة البويضة بجسم المرأة « الحاملة »، لكنه لا يفسر « تنازل » المرأة « الحاملة » عن وليدها إلى امرأة أخرى ونسبته ـ قانوناً ـ إلى هذه الأخيرة . وتنازل الأم « الحاملة » عن حقوقها على الولد لا تجد تبريراً لها في عقد الإيجار ، وتبقى ـ من ثم ـ في حاجة إلى تفسير أو تبرير.

٣ ـ هل هو تنازل؟

(٩٦) يؤدي الحمل لحساب الغير ـ في التحليل الأخير ـ إلى تنازل المرأة « الحاملة » عن وليدها إلى امرأة أخرى « صاحبة البويضة » ، أو على الأقل تنازلها عن حقوقها على الولد . فالولد يُنسب إلى من ولدته ، بمجرد الوضع دون حاجة إلى إثبات[3] . ومن ثم ، فالاتفاق على أن تحمل امرأة بويضة ملقحة لصالح امأرة أخرى يعني ـ شرعاً وقانوناً ـ تنازل المرأة « الحاملة » عن طفل لصالح امرأة أخرى[4] ، أو ـ بالأقل ـ تنازلها عن حقوقها

---

(١) والنسب حق للأب والأم والولد ، راجع :
ـ بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٦ .

(٢) راجع ما يلي ، فقرة رقم ٢٢٦ .

(٣) راجع :
أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ . وهو ذات الحل من القانون الفرنسي أيضاً :
- P. Kayser, art. préc., P. 195, no 15.

(٤) راجع :
- P. Kayser, art. préc., P. 195, no 14.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

على المولود . والتنازل في حد ذاته ليس باطلاً أو غير مشروع[1] . وهو لا يكون باطلاً إلا بالنسبة للمحل الذي يرد عليه كتحريم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة[2] .

لكن قياس تنازل المرأة « الحاملة » عن حقوقها على وليدها على التنازل عن الميراث مثلاً هو قياس مع الفارق . فالحقوق التي تتنازل عنها المرأة « الحاملة » هي في الواقع حقوق غير مالية تخرج بطبيعتها عن دائرة التعامل . ومن ثم لا تصلح أن تكون محلاً للتنازل . وبالتالي ، فهو ترك أو هجر للطفل ، وليس تنازلاً .

فمن ناحية أخرى ، فإن المتنازل إنما يتنازل عن حقوق تخصه هو وحده ، يملك ـ من ثم ـ التنازل عنها . أما الأم « الحاملة » فهي لا تتنازل ـ هنا ـ عن حقوق تخصها هي وحدها ، بل تخص الولد نفسه أيضاً . ولذلك ، فإن الدول التي تجيز التبني ، لا تسمح به لأي شخص ، وأياً كانت الظروف ، وإنما يجب أن يكون محققاً لمصلحة الطفل نفسه . أما تنازل الأم « الحاملة » عن وليدها ، فلا يراعى مصالح الولد ، إن لم يكن ضد مصالحه كلية[3] .

٤ ـ هل هو تبني؟

(٩٨) أبطل الإسلام التبني ، الذي كان موجوداً في الجاهلية ، صيانة لحقوق الأولاد ، ومحافظة عليهم من الضياع ، وابتعاداً بالناس عن تزييف الحقائق[4] .

---

(١) مثال ذلك : تنازل شخص مقدماً عن حقه في الميراث .

(٢) مادة ١٦٩ مدني كويتي ، مادة ١٣١ / ٢ مدني مصري .

(٣) وفصل الطفل عن أمه لا يمكن ، بأي حال ، أن يحقق مصالح الطفل ، أنظر:

- La Comité nationale d'éthique en France, avis du 23 oct. 1984.
- J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 118.

(٤) راجع: بدران أبو العيني ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

وقد نص القانون الكويتي للأحوال الشخصية في المادة ١٦٧ على أنه: «لا يثبت النسب =

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن هناك بعض الدول التي تُقر التبني كالقانون الفرنسي[1] ، ومن ثم قد يمكن القول باعتبار الحمل لحساب الغير من قبيل التبني المُسبق anticipé . وقد يُعزز مثل هذا القول أن الهدف النهائي من وراء الحمل لحساب الغير هو نسب المولود إلى المرأة التي أوصلت عليه . أي نقل النسب من الأم « الحاملة » إلى الأم صاحبة البويضة ، وهو ذات الغرض من التبني في القانون الفرنسي . وإذا كان الحمل لحساب الغير يؤدي إلى حرمان الطفل من أمه التي حملته ووضعته ونسبته إلى أخرى ، فإن التبني قد يؤدي ، هو الآخر ، إلى حرمان الطفل من أمه الحقيقية[2] . وإذا كان القانون قد أقر التبني ، فلماذا لا نُقر ، أيضاً ، الحمل لحساب الغير؟ .

ومع ذلك ، فهناك فارق هام بين الوضعين: فالتبني يهدف إلى علاج حالة واقعية موجودة أصلاً ، مثل وجود طفل لقيط أو يتيم . ومن ثم ، فإن التبني يؤدي إلى تحويل الوضع السلبي للطفل (حالة اللاأسرة) إلى وضع إيجابي (نسبته إلى أسرة معينة) . أما بالنسبة للحمل لحساب الغير فهو يؤدي إلى إنجاب طفل بهدف تبنيه بعد ولادته ، على عكس التبني بالمعنى الدقيق فلا يرد إلا على طفل قد وُلد بالفعل ، في ظروف صعبة ، ويهدف التبني إلى تحسين هذه الظروف .

الخلاصة إذن أن الحمل لحساب الغير هو اتفاق يتمثل في موافقة امرأة ، تسمى الأم « الحاملة » ، على حمل بويضة ملقحة لحساب امرأة أخرى وزوجها ، على أن تلتزم الأولى بتسليم المولود إلى الزوجين بعد

= بالتبني ، ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب» .
ويُقصد بالتبني: اتخاذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابناً له ، راجع:
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣ .

(١) راجع نصوص المواد ٣٣٤ مدني وما بعدها .

(٢) إذ أن التبني قد يكون لطفل له أبوان معروفان ، راجع في فرنسا:
- ph. Malaurie et L. Aynes, La famille, ré. éd., 1989.
- A. Benabent, Droit Civil, La famille, 3e. éd., 1988.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولادته . هذا الاتفاق وإن كان يُعتبر ـ قانوناً ـ عقداً ، إلا أنه « يتمرد » كعقد على كافة صور العقود المسماة التي نظمها القانون ، التي قد تقترب منه أو تتشابه معه . فهو إذن عقد غير مسمى له ذاتيته الخاصة التي تتفق مع الهدف الذي يبغيه الطرفين من ورائه .

ثالثاً: مدى صحة هذا العقد

(٩٩) أياً كانت الطبيعة القانونية للحمل لحساب الغير ، فإنه يجب أن نوضح مدى صحة مثل هذا الاتفاق من الناحية القانونية .

لا ريب في أن الحمل لحساب الغير يمثل صورة من صور وضع الجسم الإنساني تحت تصرف الغير . فالمرأة « الحاملة » تضع ـ في الحمل لحساب الغير ـ طاقتها التناسلية تحت تصرف امرأة أخرى ولمصلحتها . فالحمل لحساب الغير هو إذن استثمار أو استغلال لجسم الإنسان .

والواقع أن الحمل لحساب الغير قد لا يجد ما يبرره سوى « نبل » الغاية . فهو يهدف ـ حقيقة ـ إلى مساعدة امرأة عقيم على تحقيق رغبتها في الحصول على « ولد » . فالإيثار هو الدافع الذي يكمن وراء نظام الحمل لحساب الغير . لكن هذه الغاية مهما كانت لا تكفي ـ إطلاقاً ـ للقول بمشروعية الحمل لحساب الغير . فالغاية لا تبرر الوسيلة إذا كانت مخالفة لاعتبارات النظام العام والآداب .

والحقيقة في اعتقادنا أن مثل هذا العقد باطل بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية الحمل والسبب معاً. ومحل التصرف ـ هنا ـ ليس فقط جسد المرأة « الحاملة » ، وإنما أيضاً الطفل نفسه . والقاعدة ، كما سنرى ، أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا إذا كانت المخاطر المترتبة **على التصرف منعدمة أو بسيطة . أما إذا كانت المخاطر جسيمة** ، فلا يجوز التصرف لأنه يؤدي ـ حينئذ ـ إلى المساس بجسم الإنسان . ويكون التصرف باطلاً لعدم مشروعية المحل . وإذا كان الحمل لحساب الغير يترتب عليه مخاطر جسيمة وغير مقبولة بالنسبة للطفل نفسه ، فإن العقد يكون باطلاً لعدم مشروعية الحمل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كما أن سبب عقد الحمل لحساب الغير يُعتبر ، هو الآخر ، غير مشروع . فالفرض من العقد هو نسبة المولود إلى امرأة لا تعتبر أمه الحقيقية . أي أنه يؤدي إلى إثبات نسب الطفل على وجه مغاير للحقيقة . وأحكام النسب ، كما هو معروف، تتعلق بالنظام العام ، لا يجوز- من ثم- الاتفاق على تعديل قواعدها المقررة شرعاً وقانوناً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

القسم الثاني

«أحكام الانجاب الصناعي»

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٠٠) تعتبر وسائل أو طرق الإنجاب الصناعي ، الخارجية منها والداخلية ، هي النتيجة الطبيعية ، بل والضرورية ، للسيطرة الطبية والعلمية بوجه عام على جسم الإنسان . فهي « ثمرة » مجتمعات اختارت ـ شعورياً أم لا ـ أن تُعطى للطب ، وللعلم عموماً ، سلطة وواجب السيطرة على الطبيعة بهدف « تقليص » أو استبعاد الآلام التي يعاني منها الإنسان بسبب الطبيعة ذاتها . فالتطور الهائل ، والتقدم العلمي الذي يشهده العالم في العقدين الأخيرين من هذا القرن قد تم لخدمة الحياة ذاتها .

وهكذا كان من الطبيعي أن يهتم العلماء بمشكلة العقم . فالحياة ليس لها غرض آخر سوى الحياة ذاتها واستمراريتها . ومن هنا تبدو أهمية الإنجاب كضرورة لبقاء الجنس البشري ، بل والكائنات الحية عموماً ، وإذا كان الإنجاب يبدو ـ على المستوى الاجتماعي ـ ضرورة لبقاء الجنس البشري واستمراره ، فهو ـ على المستوى الفردي ـ « رغبة » أو غريزة لا تقاوم[1] . ومن هذه الناحية ، يبدو العقم كارثة أو مصيبة أصابت الفرد . ولذلك حاول العلماء مقاومته والتغلب عليه بعلاجه . فإذا استحال هذا العلاج ، لسبب أو لآخر ، أمكن ـ دون علاج العقم ذاته ـ تحقيق رغبة الإنسان في الإنجاب بأي وسيلة من وسائل التلقيح الصناعي . فالإنجاب الصناعي يهدف إلى التغلب على العقم دون علاج حقيقي للعقم .

لكن نجاح طرق الإنجاب الصناعي من الناحية العملية قد أدى إلى الإعتقاد ، الخاطىء أو على الأقل المبالغ فيه ، بأن « كل » شيء أصبح ممكناً ومُستحقاً وجائزاً ومسموحاً . مثل هذا الإعتقاد يتناسى ، عن عمد أو

---

(١) - R. Frydman, L'irrésistible désir de naissance, éd., P. U. F., 1986, p. 31.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لا ، مبادىء الأخلاق وقواعد القانون التي تعمل على « الحد » من هذا « الكل » وتنظيمه في الحدود المقبولة شرعاً وقانوناً .

ومن ناحية أخرى ، فإن اللجوء إلى الإنجاب الصناعي يؤثر ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، على نظام الأسرة ، القرابة ، والنسب بوجه عام . فهو يؤدي إلى الفصل بين العلاقة الجنسية والإنجاب ، وبين الإنجاب والنسب . كما يقتضي ـ في بعض الأحوال ـ تدخلاً من قبل « الغير » في عملية الإنجاب مثل الطبيب والمرأة « الحاملة » والمتبرع بالنطفة وهكذا .

وأخيراً فإنه يؤدي إلى النظر إلى جسم الإنسان وطاقاته التناسلية كمجرد « شيء » يقبل الاستغلال والتجارة بل والتملك . بل إن الطفل نفسه أصبح مجرد « إنتاج » منظم ومخطط ، وأحياناً طفل ذات مواصفات معينة! .

والتساؤل الذي يثور ـ هنا ـ هو: هل من الملائم أن نحدد وننظم اللجوء إلى وسائل أو طرق الإنجاب الصناعي للتقليل من المخاطر السابقة ، أم يجب ، على العكس ، « تعميم » استعمالها لجعلها عادية في معتقدات الفرد ونفسيته؟ .

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال عرض أحكام الإنجاب الصناعي .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الباب الاول

الانجاب الصناعي حق أم رغبة؟

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٠١) رأينا أن الإنجاب ضرورة لبقاء الإنسان والحيوان بوجه عام . والإنجاب ، من هذه الناحية ، يمكن النظر إليه على أنه « غريزة » فُطِر الإنسان ، وكذلك الحيوان ، عليها . لكن الإنجاب لدى الإنسان يختلف - مع ذلك - جذرياً عنه لدى الحيوان . فالإنجاب لدى الإنسان لا يخضع فقط - كما هو الحال لدى الحيوان - للضرورات أو الحاجيات العضوية وللقوانين البيولوجية . كما أن الإنجاب أو الميلاد ، لدى الإنسان ليس مجرد وظيفة عضوية ، أو مجرد حاجة ، وإنما يستجيب لرغبات معينة[١] .

لكن رغبة الإنسان في الإنجاب ليست - بأي حال - مطلقة يمارسها كيف يشاء ومتى يشاء . فهو يخضع - في ممارسته لرغبته في الإنجاب - لقواعد وأشكال معينة . والإنجاب وحده - كواقعة بيولوجية - لا يكفي لإقرار صلة النسب أو القرابة . وإنما يجب - حتى يمكن الاعتراف بصلة القرابة - أن يتم الإنجاب طبقاً للقواعد التي يحددها لمجتمع الذي يعيش فيه الإنسان . وهنا أيضاً يتميز الإنجاب لدى الإنسان عنه لدى الحيوان . فهو يتم ، لدى الإنسان طبقاً لقواعد أعدها بنفسه . وهي قواعد - دون شك - متطورة ، وتختلف من مجتمع لآخر حسب معتقدات وعادات كل مجتمع .

وبالتالي فإن الإنسان يمارس حقه أو حريته الفردية في الإنجاب طبقاً لمعايير موضوعية مختلفة . وهي تنسجم مع قواعد الأخلاق ، والعادات الاجتماعية ، وقواعد القانون . وتهدف هذه القواعد مجتمعة إلى تنظيم « الرغبة » في الإنجاب ، وتحديد التزامات وواجبات الأبوين التي تعتبر في الوقت نفسه حدوداً وشروطاً لإشباع الرغبة في الإنجاب .

---

(١) - J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 147.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكنه بعد نجاح طرق التلقيح الصناعي ، بل وانتشارها في الواقع العملي ، ساد الاعتقاد بأن الأمر أصبح يتعلق بالحق في الإنجاب أو الحق في الولد droit à l'enfant ، وليس فقط لمجرد الرغبة في الإنجاب[1] . وفارق كبير - قانوناً وعملاً - بين الرغبة والحق .

(1) - J. Dufresne, La reprodcution humaine industrialisée, 1986, p. 85 ets.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الاول
هل الانجاب الصناعي حق؟

(١٠٢) لا ريب في أن المرور من فكرة « الرغبة » إلى فكرة « الحق » تترتب عليه نتائج خطيرة وهامة . فالحق يقتضي ـ من وجهة النظر الاجتماعية ـ وجود « دين » على عاتق المجتمع . أي التزام جماعي أو اجتماعي على عاتق الجماعة لإشباع رغبة الفرد في الإنجاب صناعياً . فالدائن إذن فرد أو شخص ، والمدين جماعة أو مجتمع . وليس لهذا الحق من فرض سوى إسعاد الفرد الذي يرغب في الإنجاب (صاحب الحق) .

والحقيقة أن هذه الوجهة من النظر غير مقبولة من الناحية القانونية . فالرغبة بطبيعتها غير محددة ويصعب ـ عملاً ـ إشباعها . بينما الحق لا يكون إلا محدداً ، محصوراً ، ومعيناً . كما أن الرغبة ـ من ناحية أخرى ـ هي أمنية شخصية ، كامنة وغير مادية ، أما الحق فيفترض وجود علاقة شخصية بين الدائن والمدين طبقاً لمعيار مجرد ، موضوعي ومحدد ، وليس مجرد رغبة فردية قد تتحقق وقد لا تتحقق . والرغبة ذاتها ليست حقاً ، ولا تُصبح حقاً إلا حسب معايير وقواعد موضوعية لا تختلف من شخص إلى آخر . فالرغبة في التملك شيء ، وحق الملكية ذاته شيء آخر . ولا ريب في أن الرغبة في التملك تختلف من شخص إلى آخر حسب ظروف ومعتقدات وعادات كل شخص . ولا يُصبح الشخص مالكاً لمجرد رغبته في ذلك . ولن تُصبح هذه الأمنية (الرغبة) حقاً إلا إذا توافرت في الشخص المعايير المجردة التي حددها القانون . فمن يرغب في تملك سيارة مثلاً يستطيع أن يُحقق رغبته ، وتتحول رغبته إلى حق ، إذا قام بشرائها مثلاً حسب قواعد القانون .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

والرغبة بهذا المعنى لا تتناقض مع الحق . إذ قد تُصبح حقاً إذا توافرت المعايير الموضوعة قانوناً ـ لكنها ـ أي الرغبة ـ لا تتطابق أو تتماثل معه . فالحق يقتضي وجود التزام على عاتق شخص أو أكثر ، وسلطة لاقتضاء هذا الحق ، أي لتنفيذ الإلتزام . بينما الرغبة لا تخلق أي التزام . فمن يرغب في التملك مثلاً أو الإنجاب لا يفرض التزاماً على أحد ، لمجرد الرغبة في ذلك بتحقيق رغبته . لأن الرغبة في ذاتها لا تلزم أحداً بتحقيقها . وليس هناك التزام إيجابي من أي نوع على عاتق شخص معين ، وحتى على عاتق المجتمع ، لمساعدة صاحب الرغبة .

وإذا كان المجتمع لا يلتزم بتحقيق الرغبة في الإنجاب لدى أفراده ، فإن الفرد لا يلتزم ـ بأي حال ـ بالإنجاب أو بعدم الإنجاب . وقد تتبع الدولة ـ أي دولة ـ سياسة تعمل ، لأسباب جغرافية ، على تشجيع النسل ، أو ـ على العكس ـ الحد منه وتنظيمه . لكنها لا تملك ، إزاء ذلك ، أن تفرض التزاماً على الأفراد بالإنجاب أو بعدم الإنجاب . وكل ما تستطيع عمله هو اتخاذ بعض التدابير التي تشجع على تحقيق سياستها[1] . لكن هذه التدابير التشجيعية لا تخلق التزاماً إيجابياً مباشراً على عاتق أفراد المجتمع . كما أن الموقف المعارض لزيادة النسل من جانب المجتمع لايمكن ترجمته والتعبير عنه إلا بطريق غير مباشر . وهكذا يبدو من المستحيل ـ قانوناً ـ أن نفرض على الأفراد باسم المجتمع التزاماً بالإنجاب (التزام بعمل) أو بعدم الإنجاب (التزام بالإمتناع عن عمل) . فالرغبة إذن ، وسواء كانت فردية ، طبيعية ، موجهة لإسعاد الفرد ، أو كانت اجتماعية ، سياسية ، موجهة لخدمة الجماعة ليست في حد ذاتها حقاً بالمعنى الفني للمصطلح .

فالحق ، بالمعنى الدقيق ، يفترض وجود التزام إيجابي على عاتق شخص أو أكثر لصالح شخص آخر ، وسلطة هذا الأخير في اقتضاء هذا

---

(١) مثل حرمان الولد الثالث مثلاً من بعض المزايا المجانية للحد من النسل ، أو منح مكافأة مالية لمن يُنجب عدد معين من الأولاد للعمل على زيادة النسل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الإلتزام . أما الرغبة أو الرخصة فلا تفرض على الآخرين سوى واجب سلبي عام بعدم إعاقة ممارستها . كما أن الحق أو الرخصة في التصرف للحصول على هذا المال أو ذاك لا يجب أن يختلط بتملك أو نسبة المال ذاته . ومن ثم ، فالحق أو الرغبة في الإنجاب لا تعادل الحق في « ولد » .

والحقيقة أن الأنظمة القانونيه ، باعتبارها تنظم العلاقات الإنسانية تواجه ـ بصدد الإنجاب ـ صعوبة كبيرة: فالإنجاب من ناحية كرغبة لا يمكن ـ من ناحية ـ فرضه قانوناً على أفراد المجتمع ، ومن ناحية أخرى لا يمكن ممارسة الإنجاب ـ إنسانياً واجتماعياً ـ خارج نطاق القانون . فالإنجاب الذي يتم خارج حدود القانون لا يُعترف به ، فضلاً عن أنه مُعاقب عليه جزائياً . فالإنجاب يجب ـ حتىّ يُعترف به ـ أن يكون قانونياً ، لكنه ـ باعتباره رغبة ـ يستحيل فرضه على الأفراد أو حرمانهم منه .

(١٠٣) والواقع أن المشكلة لم تكن موجودة بالنسبة للإنجاب الطبيعي . حيث يكتفي القانون بتنظيم طرق إثبات النسب ، والقرابة ، وحقوق الأولاد ، وحقوق الجنين (الحمل المستكن) ، وغير ذلك من الأمور الهامة . والملاحظ في تدخل القانون بالنسبة للإنجاب الطبيعي هو أن تدخله يكون لاحقاً ، وذلك فقط لتنظيم آثاره . لكنه لا يتدخل في المرحلة السابقة على الحمل .

فليس من شأنه ولا من سلطته أن يُحدد متى يجوز اللجوء إلى الإنجاب ومتى لا يجوز ذلك . ومن ثم ، ليس من سلطته أن يمنع ـ مباشرة ـ إنجاب الأولاد غير الشرعيين . وكل ما يستطيعه أن يرفض إعطاء الولد المولود خارج نطاق القانون ذات الحقوق المعترف بها للولد المولود طبقاً للمعايير القانونية والاجتماعية . وقد يكون مثل هذا الرفض هو ـ بطريق غير مباشر ـ منع للإنجاب غير المشروع . لكن القانون ـ مع ذلك ـ لا يستطيع أن يمنع مباشرة مثل هذا الإنجاب . فالرغبة في الولد ، أو الحق في الولد ، لا يمكن تصورها أو ممارستها إلا داخل المعايير المحددة قانوناً . وقد حدد القانون

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

للإنجاب الطبيعي شكلاً معيناً هو الزواج . فالزواج إذن هو الإطار الضروري - والكافي - للإنجاب من الناحية القانونية والشرعية . « لأن الله لو ترك الناس إلى طبائعهم الحيوانية ، يجتمع كل رجل بامرأة أرادها كما ترك عجم الحيوانات إلى هذه الطبيعة، لعمت الفوضى ونشأت مضار كثيرة ومفاسد اجتماعية تأتي على النسل والذرية ، وتلحق الأذى بالأفراد والجماعات البشرية »[1] .

(١٠٤) وفي ظل هذا التصور ، فإن العقم يبدو كمرض أو « كارثة » حاول المجتمع القضاء عليها وذلك بعلاجها . فإذا استحال العلاج ، فلا يبقى إلى محاولة التخفيف من آثارها . ومن وسائل تخفيف آثار العقم إقرار التبني في كثير من المجتمعات الغربية[2] . أما في الشريعة ازسلامية ، فقد حرمه الله سبحانه وتعالى بقوله في محكم كتابه : **﴿وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل﴾**[3] .

لكن التلقيح الصناعي قد « زعزع » - حينما جاء - هذا التصور التقليدي للإنجاب ، دون أن « يهرب » - مع ذلك - من ضرورة تنظيمه من الناحية القانونية . فالاكتفاء بعدم الاعتراف بالمولود غير الشرعي ، وعدم الإعتراف له بذات الحقوق المعترف بها للولد الشرعي ، كما هو الحال في الإنجاب الطبيعي ، تبدو غير كافية كلية . فالإنجاب لم يعد ، بعد انتشار وسائل التلقيح الصناعي ، علاقة خاصة وشخصية بين الزوجين . وإنما أصبح من الضروري تدخل « الغير » في إجراء عملية التلقيح الصناعي . هذا « الغير » قد يكون امرأة « حاملة » ، أو متبرع بنطفة ، أو متبرعة ببويضة ، أو على الأقل الطبيب الذي سيتولى القيام بعملية التلقيح . في ظل هذا التدخل

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٣٢ ، ٣٥ .

(٢) راجع : J. Carbonnier, Droit Civil, T.2, la famille, les incapacités, 13 éd., 1989. -

(٣) سورة الأحزاب ، آية رقم ٤ ، راجع أيضاً :
- بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٣ .
- محمد يوسف موسى ، النسب وآثاره ، الطبعة الثانية ، بدون سنة نشر ، ص ٢٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الضروري من قبل « الغير » في عملية الإنجاب الصناعي ، فإن المعطيات تبدو مختلفة كثيراً عن الإنجاب الطبيعي . ومن ثم يبدو موقف القانون من الانجاب الطبيعي غير ملائم بالنسبة للإنجاب الصناعي. وقد يبدو التدخل «السابق» ضرورياً هذا الصدد. فالاكتفاء بالتدخل «اللاحق» في الإنجاب الصناعي سيخلق مشاكل لا حدود لها، إن لم يؤد إلى فوضى حقيقية.

ولعل أبسط دليل على ذلك أن من يتبرع بنطفة لإمرأة لاتربطه بها علاقة شرعية يرتكب جريمة ، وإن كانت ليست زنا ، إلا أنها تلتقي معه في إطار واحد . ولا يقبل ـ عقلاً ومنطقاً ـ أن يحدث ذلك تحت سمع وبصر القانون مكتفياً بالتدخل اللاحق وحرمان المولود من بعض الحقوق. وإذا أمكن قبول ذلك في الإنجاب الطبيعي ، حيث يُرتكب الزنا خفية وبعيداً عن أعين القانون ، فلا يمكن تبريره بالنسبة للإنجاب الصناعي . فالرغبة أو الرخصة التي لا يمكن تحقيقها إلا من خلال المرور « بالغير » يجب تنظيمها مقدماً ، وتحديد التزامات كافة الأطراف وكيفية تنفيذها . أما الرغبة التي تتحقق ، أصلاً ، مباشرة دون التدخل من جانب أحد ـ كما هو الحال في الإنجاب الطبيعي ـ فيكفي أن نحدد إطار مباشرتها ، على أن تنظم آثارها لاحقاً .

وإذا كان لا يوجد ـ قانوناً ـ حق في الولد ، فإنه يوجد ـ بالمقابل ـ رخصة أو حرية في الإنجاب . فإذا ما « أبت » الطبيعة أن « تثمر » ممارسة حرية الإنجاب ، فإن من حق الشخص أن يعالج للتغلب على العقم ومكافحته . فالعلاج من العقم حق ، والإنجاب رخصة أو حرية ؛ فما مدى استجابة الطب لعلاج العقم عند اللجوء إلى طرق الإنجاب الصناعي؟ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الأول

«الحريات المتنازعة»

(١٠٥) لإنجاب ولد يجب وجود شخصين: رجل وامرأة . هذه الضرورة الطبيعية تقتضي وجود علاقة تمنع ـ حتى في الإنجاب الطبيعي ؛ من فرض إنجاب طفل من طرف على آخر تحت حجة وجود التزام قانوني . وإذا كان الزواج يُرتب حقوقاً وواجبات لكل من الزوجين على الآخر ، فإن القانون يرفض اللجوء إلى الإجبار أو الإكراه لتنفيذ الواجبات غير المالية التي تتولد عن الزواج . وإذا كان لكل من الزوجين حق الاستمتاع بجسد الآخر ، فإن الإنجاب يتطلب رضاء الطرفين . وليس لأحد الزوجين أن يلجأ إلى إكراه الزوج الآخر على قبول الإنجاب . وكل ما يمكن اللجوء إليه قانوناً كوسيلة ضغط غير مباشرة للموافقة على الإنجاب هو طلب الطلاق على أساس أن من يرفض الإنجاب دون مُبرر مقبول يرتكب خطأ يستوجب الطلاق ، وقد يستوجب التعويض .

هذا الرضاء المتبادل من جانب كلا الزوجين على الإنجاب هو الذي يمنع ـ على وجه التحديد ـ من القول بوجود حق في الولد أو الإنجاب من الناحية القانونية . فحتى بين الزوجين ، فإن الرغبة في الولد من جانب أحدهما لا يمكن ، في حالة رفض الآخر الإنجاب ومساهمة الإرادية ، أن تخلق التزام قانوني على عاتق هذا الأخير .

مثل هذا الرضاء المتبادل يفرض نفسه أيضاً في الإنجاب الصناعي . فإذا ما رغب أحد الزوجين اللجوء ، لسبب أو لآخر ، إلى الإنجاب الصناعي ، وجب موافقة الزوج الآخر على ذلك . فموافقة الزوجين معاً شرط ضروري لإجراء عملية التلقيح الصناعي . وإذا كان التلقيح الصناعي مجرد وسيلة لإزالة آثار العقم ، فليس هناك ما يُبرر إعطاء الزوجين حقوقاً ليست

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

موجودة في الإنجاب الطبيعي . فالرغبة في الإنجاب يجب أن تكون ـ هنا وهناك ـ مشتركة بين الزوجين . ومن ثم ، يجب أن يكون رضاء الزوجين للجوء إلى الإنجاء الصناعي صريحاً ، حراً ومستنيراً .

وإذا كان مثل هذا الرضاء يكفي للإنجاب في حالة التلقيح الطبيعي ، فإنه لا يكفي في حالة الإنجاب الصناعي . فنجاح طرق الإنجاب الصناعي قد « بعث » ـ دون شك ـ الأمل من جديد ، لدى الزوج الذي يعاني من العقم ، في الحصول على ولد . وأصبح من الصعب العدول عن الإنجاب في مثل هذه الظروف الجديدة . ومع ذلك ، فإن الإنجاب الصناعي ليس حقاً . فليس هناك أي التزام ـ من أي نوع ـ على عاتق « الغير » (الطبيب والمتبرع مثلاً) بالاستجابة لرغبة الزوجين في ولد .

المطلب الاول
مدى التزام الطبيب باجراء عملية التلقيح

(١٠٦) يقوم العلاج بوجه عام على عقد يجمع الطبيب من ناحية والمريض من ناحية أخرى[١] . والعلاج كعقد يجب أن يخضع ـ كغيره من العقود ـ لمبدأ سلطان الإرادة . إذ العقد عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على انعقاده وتحديد آثاره . فعقد العلاج إذن أساسه رضاء الطبيب وموافقته على علاج المريض ويترتب على هذا التحليل ، المترتب على الطبيعة العقدية للعلاج ، أن للطبيب الحق في قبول أو رفض أي دعوة للعلاج . ومن ثم ، فلا يلتزم الطبيب ـ قانوناً ـ بإجابة طلب المريض .

والحقيقة أن هذا التحليل ، وإن كان يتفق مع الطبيعة العقدية للعلاج ، إلا أنه يتجاهل كلية الطبيعة الخاصة لمهنة الطب بوجه عام . فهي مهنة

---

(١) عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، ص ١٥ وما بعدها .

- R. Besserve, Le contrat medical, préc., p.16 ets.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

إنسانية بالدرجة الأولى ، تفرض على الطبيب ألا يرفض علاج المريض إلا لضرورة أو قوة قاهرة . فهناك واجب إنساني وأدبي على الطبيب تجاه مرضاه تفرضه عليه أصول ومقتضيات مهنته . ولذلك يرى البعض[1] ، أن الطبيب ، بوضعه لوحة على باب عيادته ، يكون بذلك في حالة إيجاب دائم في مواجهة جمهور المرضى . ولا يبقى إلا أن يقبل أحد المرضى هذا الإيجاب بطلبه العلاج ، فينشأ بين الطرفين عقد يعرف بعقد العلاج .

مثل هذا القول ينتهي - عملاً - إلى فرض التزام على عاتق الطبيب بعلاج المريض . فالإيجاب الدائم الصادر من الطبيب هو إيجاب ملزم . وإذا كان للموجب - عموماً - خيار الرجوع في إيجابه . إلا أنه إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول ، أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة ، فإنه يلتزم بالبقاء على إيجابه طوال هذا الميعاد . (م ٤١ مدني كويتي ، م ٩٣ مدني مصري) . وإذا كان الطبيب لا يُحدد ميعاد معيناً لقبول إيجابه ، إلا أن هذا الميعاد يمكن استخلاصه بسهولة من طبيعة التعامل ذاتها بين الطبيب ومرضاه . فإيجاب الطبيب هو - عملاً - إيجاب عام موجه للجمهور ليست له مدة محددة .

هذا التحليل يفرض التساؤل الآتي : هل يلتزم الطبيب بإجراء عملية التلقيح الصناعي إذا طلب منه الزوجين ذلك؟ لا ريب في أن التحليل السابق يؤدي إلى الإجابة بالإيجاب . فالقول بأن الطبيب في حالة إيجاب دائم يعني أن العقد ينعقد بمجرد قبوله من الطرف الآخر (الزوجين الراغبين في التلقيح) . فالأتعاب محددة مُقدماً ومعلنة ، ومن ثم فقد اكتملت للإيجاب أركانه الضرورية ، وهي علاج مرض معين ، ومقابل العلاج . وإذا ما قلنا بانعقاد العقد ، التزم الطبيب بتنفيذ الآثار المترتبة عليه ، وإلا كان مسؤولاً عن ذلك مسؤولية عقدية .

---

(١) - G. Memeteau, Le droit médical, 4, juris prudence, 1985, p. 279 ets.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن هذا القول يبدو - مع ذلك - محل شك في نطاق الإنجاب الصناعي . من ناحية لأن الإنجاب الصناعي لا يُتبر علاجاً بالمعنى الدقيق للعلاج . فالإنجاب الصناعي مجرد وسيلة لإزالة آثار العقم ، وليس طريقة لعلاجه . فالعقم يبقى كما هو حتى بعد نجاح عملية التلقيح الصناعي ، ومن ثم ، فالهدف من الإنجاب الصناعي ليس علاج العقم ، وإنما فقط « الحد » من آثاره . أما العلاج - بالمعنى الدقيق - فهو يهدف إلى « تشخيص » سبب المرض للقضاء عليه . فإذا نجح العلاج شفي المريض تماماً من مرضه ، وإن فشل بقي المرض كما هو . على عكس الإنجاب الصناعي ، إذ يبقى العقم كما هو سواء نجحت عملية التلقيح أم لا . فالعلاج عقد يلتزم بمقتضاه الطبيب بأن يُقدم للمريض العلاج الملائم ، « وأن يشمله برعايته على وجه فعال ومطابق للأصول والقواعد العلمية ، وذلك بهدف نجاح العلاج الذي يقدمه الطبيب للمريض بقدر الإمكان ، أو على الأقل بهدف تخفيف آلام المرض الذي يُعاني منها المريض » . أما الإنجاب الصناعي فلا يهدف - إطلاقاً - إلى علاج العقم من قريب أو من بعيد ، وإنما فقط « القفز » فوقه للحد من آثاره .

(١٠٧) وقد يُقال أن الإنجاب الصناعي ما هو - في حقيقته - إلا عملية جراحية . ومن ثم يأخذ حكم العمليات الجراحية بوجه عام . لكن هذا القول أيضاً غير دقيق . فالعملية الجراحية عموماً تهدف إلى علاج المريض من الآلام التي يعانيها . فهي - من هذه الناحية - ليست إلا طريقة من طرق العلاج التي يقدمها الطبيب للمريض ، ووسيلة من وسائله . على عكس الإنجاب الصناعي الذي لا يهدف ، كما قلنا ، إلى علاج العقم ذاته .

ومن ناحية أخرى ، فإن الإنجاب الصناعي يقتضي - في كثير من الحالات - تدخل الغير . ويتوقف نجاح عملية التلقيح الصناعي - في هذه الحالة - على موافقة الغير على التبرع بالنطفة مثلاً أو على موافقة امرأة أخرى على « حمل » البويضة الملقحة لحساب المرأة صاحبة البويضة . ولا ريب في أن الطبيب لا يضمن هذه الموافقة من قبل الغير ، كما أن « الغير » ليس

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عليه أي التزام قانوني بالموافقة . والقول بأن مجرد الرغبة أو الرخصة في الإنجاب هي حق يقتضي الإعتراف بوجود التزام على عاتق الغير بالتبرع هي نتيجة يستحيل قبولها قانوناً .

وأخيراً ، فإن موافقة الطبيب على إجراء عملية التلقيح الصناعي يجب أن تتوقف على مدى اقتناع ضميره أخلاقياً . فقد يتراءى له أن التلقيح الصناعي يتعارض مع قناعته الدينية والأخلاقية . ومن ثم ، يجب منحه حرية الموافقة أو الرفض . مثل هذا الخيار لن يتوافر له إذا قلنا بوجود التزام على عاتقه بإجراء عملية التلقيح الصناعي . وقد طبق القضاء الفرنسي[1] هذه القاعدة في حالة الإجهاض . حيث أعطى الطبيب حرية الموافقة على إجراء عملية الإجهاض أو الرفض بالرغم من أن المشرع الفرنسي قد أجاز - بشروط - الإجهاض . ويرجع ذلك إلى أن الإجهاض ، كالتلقيح الصناعي ، من الأمور التي تتصل بالشعور الديني والأخلاقي لدى الطبيب . ونعتقد أن الإنجاب الصناعي لا يختلف عن الإجهاض من هذه الناحية .

المطلب الثاني

مدى التزام الغير قبل المصاب بالعقم

(١٠٨) رأينا أن الإنجاب الصناعي يقتضي - بالضرورة - تدخلاً من قبل الغير . وأن هذا الغير قد يكون الطبيب ، وقد يكون المتبرع بالبويضة أو بالحمل (المرأة الحاملة) . وإذا كان الطبيب لا يلتزم قانوناً بإجراء عملية التلقيح الصناعي ، فإن الغير أيضاً لا يلتزم قبل الشخص الذي يُعاني من العقم . إذ بالرغم من انتشار فكرة المحبة أو الإحسان ، وفكرة التضامن

---

(١) راجع الأحكام المشار إليها في :

- A. D. Dolivet et A. Scemama, De quelques difficultés d'application de la législation relative à l'interruption volantaire, art. préc., p. 178 ets.
- J. H. Soutoul, J. Lansac, E. Beaumont et Froge, Le risque medico - legal croissant dans la pratique «legislatif» de l'interruption volontaire de grossesse en France, art. préc., p. 97 ets.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الإجتماعي بين أفراد المجتمع (من لا يعانون من العقم في مواجهة من يعانون منه) ، إلا أن القانون لا يُلزم أحد بالتبرع . وليس هناك على عاتق « الغير » (من لا يُعاني من العقم) أي واجب أو التزام قبل « جماعة » العُقم . فالتبرع لمساعدة المحتاج رخصة تفترض الإرادة الحرة للمتبرع . وقد يكون الشخص نفسه ـ عملاً ـ مدفوعاً لمساعدة من حرمه الله سبحانه وتعالى من نعمة الإنجاب لأسباب أخلاقية أو اجتماعية . الأمر الذي قد يؤثر على مدى حريته في مساعدة الآخرين . لكن مهما كان أثر هذه الاعتبارات من الناحية العملية ، إلا أن هذا « الغير » يبقى غير مُلتزم بأي التزام قانوني بالمشاركة في عملية التلقيح الصناعي ، ولا يخلق ـ من ثم ـ أي حق لمصلحة من يرغب في الإنجاب الصناعي .

(١٠٩) الخلاصة إذن أن الرغبة في الإنجاب الصناعي ليست حقاً بالمعنى الفني الدقيق ، وإنما مجرد رخصة أو حرية لمن يرغب في ذلك . فالقول باعتبار الرغبة في الإنجاب حقاً يقتضي سلطة لصاحبه يقابلها التزام على عاتق الغير . أو بمعنى أدق الحق ما هو إلا التزام منظور إليه من جانب المدين . وليس لمن يرغب في الإنجاب سلطة ، وإنما رخصة أو حرية ، كما أنه ليس على عاتق الغير أي التزام بتحقيق رغبة من يُعاني من العقم في الإنجاب . إذ أن القول بوجود التزام على عاتق « الغير » يعني وجوب تنفيذه جبراً عند اللزوم ، إما عيناً ، أو بمقابل إذا استحال تنفيذه عيناً . وهي نتائج يُكذبها الواقع والقانون معاً ، حيث يصعب تأسيس مثل هذا الالتزام من الناحية القانونية .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني
تنظيم الرغبة في الانجاب

(١١٠) انتهينا إلى أن الرغبة في الإنجاب ليست حقاً ، وإنما مجرد رخصة أو حرية . وقد يُقال ، للوهلة الأولى ، أن قرار اللجوء إلى الإنجاب الصناعي كرخصة ، لا يخضع إلا لضمير الشخص نفسه ، وليس للدولة أن تراقب وسيلة التلقيح ، سواء كان التلقيح الصناعي أو التلقيح الطبيعي . فهناك ، من حيث المبدأ ، تصريح بالإنجاب أياً كانت وسيلته . وفي ضوء هذه الرؤية ، فإن القانون يجب أن يقتصر على التدخل اللاحق لإقرار أو عدم إقرار النتائج المترتبة على هذه الوسيلة أو تلك .

لكن هذا القول غير دقيق . واعتبار الرغبة في الإنجاب مجرد رخصة أو حرية ، لا يعني - إطلاقاً - أن الشخص يستطيع ممارستها كما يشاء ومتى شاء . فهي رخصة ليست مطلقة ، بل يجب أن تتقيد بقيود وشروط معينة تفرضها طبيعة الإنجاب الصناعي نفسه . فالإنجاب الصناعي لايتحقق إلا بتدخل « الغير » في عملية التلقيح ، سواء كان هذاالغير هو الطبيب أو المرأة « الحاملة » مثلاً إذا أصبح الطبيب طرفاً ثالثاً في عملية الإنجاب الصناعي أياً كانت وسيلته . وسواء كان تلقيح داخلياً أم تلقيح خاريجاً . ومن ناحية أخرى ، فإن مصلحة الولد يجب أن تؤخذ في الاعتبار خصوصاً من حيث تحديد نسبه . حيث لا يجب أن يُترك مثل هذا الأمر لاتفاق الأطراف يحددونه كما يريدون ، بل يجب أن يُحسم بقواعد آمرة لا يجوز الإتفاق على خلافها .

لكن القول بضرورة وضع قواعد وشروط لتنظيم عملية الإنجاب الصناعي بطرقه المختلفة يقتضي تحديد ماهية ومضمون هذه القواعد من

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ناحية، وجزاء مخالفة هذه القواعد من ناحية أخرى وأخيرا صاحب قرار رفض أو قبول اللجوء إلى التلقيح الصناعي.

المطلب الاول

ماهية ومحتوى شروط الانجاب الصناعي

(١١١) رأينا أن الإنجاب الصناعي بوسائله المختلفة « ظاهرة » جديدة تستجيب لرغبة الكثيرين في الحصول على « ولد » ، وتحقيق - من ثم - غريزة الأمومة والأبوة . لكن الرغبة قد تجمح وقد تنحرف عن قواعد وتقاليد المجتمع . وهنا يأتي ، على وجه التحديد ، دور القانون في السيطرة على رغبات الأفراد ، وتوجيهها الوجهة الصحيحة ، والتوفيق - قدر الإمكان - بين الرغبات الفردية ، وهي أنانية بطبيعتها ، وبين الصالح العام . ولا يعني عدم تدخل المشرع ، حتى الآن ، لتنظيم الإنجاب الصناعي بقواعد خاصة أن حرية اللجوء إلى وسائل التلقيح الصناعي مطلقة دون قيود . وإنما يجب أن نحاول وضع بعض القيود والضوابط لممارسة التلقيح الصناعي المستمدة من القواعد العامة للقانون ، فضلاً عن أحكام الشريعة الغراء. وهو ما سنحاول - فيما يلي - تحديده لكي يكون الإنجاب الصناعي مقبول شرعاً وقانوناً .

الفرع الأول

المستفيدون من الانجاب الصناعي

(١١٢) تقضي الفطرة التي فطر الله سبحانه وتعالى الناس عليها بضرورة اجتماع الذكور بالإناث للتوالد والتكاثر عملاً على بقاء النوع الإنساني الذي جعله الله خليفته في أرضه، يعمرها ويُسخر قواها الطبيعية إلى أن ينتهي الأجل الذي قدر لبقائه. لكن قضاء الحاجة الجنسية ، والتوالد والتكاثر يجب أن يكون على الوجه الذي شرعه الله وأباحه للإنسان وهو الزواج ، وذلك « صيانة للأخلاق والأعراض ، ووقاية من البغضاء والعدوان ، وبُعد عن

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

انتهاك الحرمات: ودرء كثير من المفاسد والآثام . . . »[1] . وإذا كان الإنجاب الطبيعي يجب أن يكون في إطار زواج مشروع: فكذلك الأمر أيضاً بالنسبة للإنجاب الصناعي . إذ ليس هناك ما يُبرر إطلاقاً ، استثناء الإنجاب الصناعي من القاعدة السابقة . وإذا كان العقم عقبة أمام الإنجاب الطبيعي ، فيجب عند محاولة إزالة آثاره أن نظل داخل الإطار الشرعي للإنجاب . فهناك إطار مشروع للإنجاب يجب أن نبقى داخل هذا الإطار أياً كانت وسيلة الإنجاب: طبيعية كانت أم صناعية . واختلاف وسيلة التلقيح لا يؤثر على ضرورة توافر الإطار المشروع للإنجاب وهو الزواج .

ويترتب على ذلك أن وسائل التلقيح الصناعي يجب الإحتفاظ بها لمن تربطهم ببعض علاقات زوجية مشروعة وذلك لإزالة آثار العقم الذي يُعاني منه أحد الزوجين . ولذلك يجب أن تتوافر الشروط الآتية في مَنْ يرغب في الإنجاب الصناعي:

١ ـ أن يرتبط الطرفان بعلاقة زوجية مشروعة وقت إجراء عملية التلقيح . ومن ثم يُستبعد من نطاق الإنجاب الصناعي المرأة غير المتزوجة سواء كانت « بكراً » أو أرملة أو مطلقة . لكنه يجب أن نلاحظ ، أنه حتى من إطار العلاقة الزوجية المشروعة ، فإن الإنجاب الصناعي يبقى وسيلة احتياطية وليست بديلة للإنجاب الطبيعي . فالإنجاب يجب أن يبقى ، كقاعدة عامة ، نتيجة للعلاقة الجنسية بين الزوجين . والإنجاب خارج العلاقة الجنسية ليس أمراً طبيعياً ، ولذلك يجب أن يبقى استثناء احتياطياً . ويترتب على ذلك أنه يجب عدم اللجوء إلى الإنجاب الصناعي ، إلا بعد محاولة علاج العقم بكافة الوسائل الممكنة طبياً . فإذا استحال ذلك في ضوء المعطيات الموجودة ، أمكن اللجوء ـ حينئذ وحينئذ فقط ـ إلى الإنجاب الصناعي . فالشخص ليس له الخيار بين بديلين: إما الإنجاب الطبيعي وإما الإنجاب الصناعي ، وإنما

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ليس له أن يلجأ إلى الإنجاب الصناعي إلا إذا استحال عليه تحقيق رغبته في الولد عن طريق الإنجاب الطبيعي .

٢ ـ أن يكون كلا الزوجين على قيد الحياة وقت إجراء عملية التلقيح الصناعي :

(١١٣) لايكفي وجود علاقة زوجية بين من يرغب في الإنجاب الصناعي، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون كل من الزوج والزوجة ما زال على قيد الحياة، وأن العلاقة الزوجية مازالت قائمة بينهما. والواقع أنه ليست هناك صعوبة تذكر ـ في هذا الخصوص ـ بالنسبة للتلقيح الصناعي الداخلي. حيث يتم ـ هنا ـ إجراء عملية التلقيح ذاتها داخل رحم الزوجة بعد الحصول على نطفة الزوج مباشرة. إذ ليس هناك فاصل زمني بين الحصول على نطفة الزوج وبين إجراء عملية التلقيح. وتثور المشكلة الحقيقية في حالة التلقيح الخارجي في أنبوب اختبار حيث تستغرق العملية بعض الوقت. إذ قد يتوفى الزوج بعد موافقته على الإنجاب الصناعي والحصول على النطفة منه وقبل إجراء عملية التلقيح ذاتها. والصعوبة الحقيقية ـ هنا ـ تكمن في حالة ما إذا طلبت الزوجة إجراء عملية التلقيح واستمرار الحمل بعد ذلك.

وفي قضية تتلخص وقائعها في أن زوجاً قد أودع أحد بنوك السائل المنوي نطفة خاصة به للإحتفاظ بها لدى البنك على أمل استعمالها ، بعد ذلك ، في تلقيح زوجته تلقيحاً صناعياً . لكن الزوج توفي قبل إجراء عملية التلقيح الصناعي ، فطالبت زوجته بالنطفة لاستخدامها في التلقيح بعد وفاة زوجها فرفض البنك تسليم الزوجة نطفة زوجها،لكن محكمة Créteil[1] ألزمته بتسليمها نطفة زوجها.

---

(١) راجع حكمها الصادر في أول أغسطس ١٩٨٤ ، الأسبوع القانوني ، ٢ ، ٣٢١ ، تعليق كورون .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١١٤) والحقيقة أن هذا الحكم يُثير مشاكل ثلاث تحتاج إلى إيضاح :

الأولى: مدى حق الزوجة في استرداد نطفة زوجها :

يتوقف حق الزوجة في استرداد نطفة زوجها على طبيعة العقد المُبرم بين البنك من ناحية والزوجين من ناحية أخرى . فهو ليس تبرع حتى يُقال بعدم أحقية الزوجة في استرداد النطفة . فمن يتبرع بشيء يفقد ملكيته من تاريخ التبرع . والزوج عندما قام بتسليم البنك نطفته فإنما كان بهدف استخدامها بعد ذلك في تلقيح زوجته ، وليس إذن بنية التبرع . والتكييف القانوني الصحيح هو اعتبار العقد وديعة ، حيث يلتزم المودَع عنده أن يُسلم الشيء المودَع إلى المودِع بمجرد طلبه[١] ، كما أن عقد الوديعة ينتهي بموت المودِع على أساس أن شخصيته محل اعتبار[٢] .

وإذا صح هذا التحليل ، وهو ما نعتقده ، كان للزوجة أن تسترد النطفة محل الوديعة إما باعتبارها طرفاً من عقد الوديعة ، وإما باعتبارها أرملة المتوفي (صاحب النطفة) ويكون حكم محكمة Cr´eteil صحيحاً في هذا النطاق .

وقد يُعترض على هذا التحليل بأن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل ، ولا يجوز من ثم ـ قانوناً ـ أن يكون محلاً للتصرفات القانونية . وللرد على هذا الاعتراض، فيكفي أن نشير ـ كما سنرى ذلك تفصيلا فيما بعد[٣] إلى أنه يجب التفرقة بين جسم الإنسان ذاته من ناحية ، وبين « نتاجه » من ناحية أخرى . وقلنا بجواز التصرف ـ بشروط ـ في نتاج الجسم كالشعر والدم . . . وهكذا . فتوافر الشروط السابق تحديدها يعني أن جسم الإنسان يُعامل ـ في هذا النطاق فقط ـ معاملة الأشياء من حيث جواز التصرف في أجزائه .

---

(١) راجع نص المادة ٧٢٢ مدني مصري ، والمادة ٧٢٨ مدني كويتي ، وقد اشترط المشرع الكويتي لإنهاء الإيداع إخطار الطرف الآخر في ميعاد مناسب .

(٢) مادة ٧٣١ مدني كويتي .

(٣) راجع فقرة ١٤٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الثانية: مدى حق الزوجة في استخدام نطفة زوجها المتوفى في التلقيح :

إذا كنا قد انتهينا إلى أحقية الزوجة في استرداد نطفة زوجها المتوفى فلا يعني ذلك ـ في نظرنا ـ أحقيتها أيضاً في استخدامها في التلقيح الصناعي لها أو ـ من باب أولى ـ لغيرها . فمشروعية التلقيح الصناعي تتوقف على وجود علاقة زوجية بين الزوجين وقت إجراء عملية التلقيح . أما إذا انتهت هذه العلاقة سواء بوفاة الزوج ، أو بالطلاق ، ولو بيوم واحد قبل إجراء عملية التلقح ، استحال ـ شرعاً ـ إجراء التلقيح بعد ذلك . فالتلقيح الصناعي مثله في ذلك مثل التلقيح الطبيعي في هذا الخصوص . وإذا كان التلقيح الطبيعي يُصبح مستحيلاً بوفاة الزوج ، فيجب أن يكون التلقيح الصناعي كذلك ، وإلا كيف يُنسب الولد لأب توفي قبل الحمل ولو بساعات معدودات؟ فوفاة الزوج قبل إجراء عملية التلقيح ، يعني وفاته قبل حدوث الحمل ، ومن ثم يستحيل نسبة الولد إليه شرعاً وقانوناً .

وتثور المشكلة أيضاً ، بصورة مختلفة ، في حالة التلقيح الصناعي in vetro إذا توفي الزوج بعد إجراء عملية التلقيح ذاتها وقبل إجراء عملية زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة . والحقيقة أن هذا الفرض يختلف تماماً عن الفرض السابق . إذ أن انتهاء العلاقة الزوجية ، بوفاة الزوج أو بالطلاق ، قد حدثت بعد تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها . أي أن العلاقة الزوجية قد انتهت بعد حدوث الحمل بالفعل . إذ أن **الحمل** لا يبدأ ، في التلقيح الصناعي ، من تاريخ زرع البويضة في رحم الزوجة ، وإنما من تاريخ تلقيح البويضة بالنطفة خارج الرحم in vetro . ونعتقد أنه في ضوء هذه المعطيات الجديدة ، يمكن القول أن انتهاء العلاقة الزوجية قد انتهت بعد حدوث الحمل بالفعل . ومن ثم ، يُنسب الولد ـ شرعاً وقانوناً ـ لأبيه المتوفى ، أو « طليق » أمه .

الثالثة: مدى التزام الطبيب بإجراء عملية التلقيح الصناعي .

الفرض ـ هنا ـ أن طبيباً كان قد اتفق مع الزوجين على إجراء عملية

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التلقيح الصناعي لهما . وبدء بالفعل في تنفيذ التزامه الناتج عن العقد الذي يجمعه بالزوجين . وقام ، على هذا الأساس ـ بأخذ نطفة مذكرة من الزوج تمهيداً لتلقيح نطفة الزوجة بها ، ثم توفي الزوج قبل تمام عملية التلقيح ، فطلبت الزوجة من الطبيب الاستمرار في إجراءات التلقيح بناء على العقد المُبرم بينهما . فهل يلتزم الطبيب ـ قانوناً ـ بإجراء عملية التلقيح وإلا كان مُخلاً بالتزامه العقدي ، ومن ثم يلتزم بتعويض الزوجة عن هذا الإخلال؟ فالعقد يرتب التزامات على عاتق طرفيه . والأصل وجوب تنفيذ الالتزام عيناً ، فإذا استحال التنفيذ العيني وجب اللجوء إلى التنفيذ بمقابل . ومن ثم ، يلتزم الطبيب بالتعويض (التنفيذ بمقابل) إذا رفض تنفيذ التزامه بإجراء عملية التلقيح الصناعي (التنفيذ العيني) .

لكن الطبيب قد يأبى عليه ضميره إجراء عملية تلقيح للزوجة بنطفة زوجها المتوفي بالرغم من التزامه بذلك حسب العقد المبرم بينه وبين الزوجين قبل وفاة الزوج . فقد كانت عملية التلقيح جائزة شرعاً وقت الاتفاق على إجرائها قبل وفاة الزوج . أما بعد وفاة الزوج فقد تغيرت المعطيات كلية . إذ أصبحت عملية التلقيح ـ بعد وفاة الزوج ـ غير جائزة شرعاً وقانوناً . إذا معنى الموافقة على إجرائها أن الحمل حدث بعد وفاة الزوج ، ومن ثم سينسب الولد إلى أب توفي قبل حدوث الحمل ، وهو أمر غير جائز شرعاً .

ومع ذلك ، فقد يبدو رفض الطبيب ـ قانوناً ـ ليس له ما يُبرره . فالعقد قد نشأ صحيحاً ، ومن ثم يلتزم كل طرف بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه . والعقد الصحيح لا يتحول ـ لسبب أو لآخر ـ إلى عقد باطل . فالبطلان « جرثومة » تلازم العقد منذ نشأته ، بينما الفرض ـ هنا ـ أن العقد قد نشأ صحيحاً .

لكن السبب الذي كان مشروعاً قبل وفاة الزوج أصبح ـ بعد الوفاة ـ غير مشروع فقبل وفاة الزوج أو وقوع الطلاق ، كان العقد الذي يجمع بين الطبيب والزوجين له سبب مشروع . وهو تحقيق الرغبة المشروعة في الحصول على « ولد » . فالإنجاب الصناعي بين الزوجين يؤدي إلى نسبة

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الولد إلى أبويه حقيقة بيولوجياً واجتماعياً وقانونياً وشرعياً . أما بعد وفاة الزوج ، فقد أصبح سبب العقد غير مشروع . إذ تؤدي عملية التلقيح الصناعي ـ حينئذ ـ إلى نسبة الولد إلى أبيه الذي توفي قبل حدوث الحمل . فهو شرعاً ليس أباه ، وإن كان بيولوجياً يُنسب إليه لأنه من صلبه (نطفته) . فلا يكفي أن يكون الولد من صلب أبيه بيولوجياً حتى يُنسب إليه شرعاً وقانوناً ، وإنما يجب أن يكون من صلب أبيه في إطار علاقة زواج مشروعة وقائمة وقت حدوث الحمل . أما في الفرض الذي نحن بصدده ، فقد انتهت العلاقة الزوجية ـ بالوفاة أو بالطلاق ـ قبل أن يبدأ الحمل .

(١١٥) فما هو تأثير تغير السبب على وجود العقد ذاته من الناحية القانونية؟

أما التغير الذي حدث ـ هنا ـ هو أن السبب أصبح غير مشروع بوفاة الزوج بعد أن كان مشروعاً قبل وفاته . فهل يبقى العقد صحيحاً رغم تحول سببه إلى سبب غير مشروع؟ إذا كان يلزم لنشأة العقد صحيحاً قانوناً أن تتوافر أركانه جميعها وقت انعقاده ، فإنه يلزم أيضاً لاستمراره أن تبقى هذه الأركان مستجمعة لشروطها حتى نهاية العقد . فإذا لم تتوافر وقت إبرام العقد كان العقد باطلا . وإذا اجتمعت وقت إبرام العقد ثم زال أحدها أو زالت شروط صحته انتهى العقد إذا كان ملزماً للجانبين . **ولنا من بعض الأركان دليل على ذلك :**

ـ المصلحة في التأمين : يهدف التأمين ـ عموماً ـ إلى حماية مصلحة ما من خطر معين يتهددها . ولهذا يجب ـ حتى يكون التأمين صحيحاً ـ أن يكون للمؤمن له مصلحة في بقاء الشيء المؤمن عليه أو في حياة الشخص المؤمن على حياته . أي أن يكون له ـ بعبارة أخرى ـ مصلحة في عدم وقوع الخطر المؤمن منه[1] .

---

(١) راجع في ذلك: مؤلفنا في أحكام عقد التأمين طبقاً لنصوص القانون المدني وأحكام القضاء ، ١٩٨٤ ، ١٩٨٥ ، دار الحقوق ، ص ١٥٦ وما بعدها ، وكذلك المراجع المشار إليها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويشترط بطبيعة الحال أن تتوافر المصلحة ، من عدم وقوع الخطر المؤمن منه وقت إبرام عقد التأمين . فهي شرط ابتداء لوجود عقد التأمين . لكنه يشترط أيضاً أن تبقى المصلحة قائمة خلال مدة العقد ، وإلا انتهى عقد التأمين بقوة القانون من وقت زوال المصلحة . وهي لذلك شرط لبقاء عقد التأمين . وبناء على ذلك ، لا يشترط فقط توافر ركن المصلحة من التأمين وقت إبرام العقد ، إنما يجب ـ فضلاً عن ذلك ـ أن تظل هذه المصلحة قائمة طوال مدة العقد.

المحل في العقد عموما: يشترط لنشأة العقد، أي عقد، صحيحا ان تتوافر له أركانه الضرورية وهي التراضي، المحل، السبب واحيانا الشكل بالنسبة للعقود الشكلية. ويشترط في المحل ان يكون موجودا وممكنا، معينا أو قابلا للتعيين، قابلا للتعامل فيه[1]، واذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا. والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة. فإذا كانت الاستحالة سابقة على نشأة العقد فإنها تمنع وجوده، أي يكون باطلا. أما إذا كانت لاحقة لوجود العقد فإنها لا تمنع نشأته لأنها كانت لاحقة لابرامه، وإنما تؤدي إلى انفساخه بقوة القانون.

ونعتقد أن هذه القواعد العامة يجب تطبيقها على ركن السبب أيضاً . فإذا كان يشترط ـ قانوناً ـ أن يكون السبب مشروعاً حتى ينشأ العقد صحيحاً ، فإنه يجب حتى يبقى العقد أن يظل السبب مشروعاً كما كان وقت نشأة العقد . أما إذا تغير السبب وأصبح ، بعد نشأة العقد ، غير مشروع فيستحيل قانوناً القول ببقاء العقد رغم ذلك . ولما كان من غير الممكن القول بالبطلان بعد وجود العقد صحيحاً ، فليس هناك ما يمنع قانوناً من القول بإنفساح العقد بقوة القانون.

ويترتب على هذا التحليل الصحيح في نظرنا أن الطبيب لا يلتزم بإجراء عملية التلقيح الصناعي للزوجة بنطفة زوجها الذي توفي قبل عملية التلقيح .

---

(١) مادة ١٦٧ مدني كويتي ، مادة ١٣٢ مدني مصري .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وله أن يتمسك بانفساخ العقد لعدم مشروعية السبب . ولا يلتزم في مواجهة الزوجة بأي تعويض لسقوط التزامه بإجراء التلقيح بعد فسخ العقد .

ويختلف الأمر لو أن الزوج توفي بعد إتمام عملية التلقيح من أنبوب الاختبار وقبل زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة . فللزوجة الحق في مطالبة الطبيب بالاستمرار في عملية الإنجاب وزرع البويضة ، والطبيب يلتزم بإنهاء إجراءات عملية الإنجاب حسب العقد المُبرم مع الزوجين . وليس له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . فالعقد قد نشأ صحيحاً وما زال كذلك لمشروعية السبب قبل وفاة الزوج وبعد وفاته . إذ أن وفاة الزوج قد وقعت بعد حدوث الحمل بالفعل ، ومن ثم فهو أب للمولود شرعاً وقانوناً . وإذا رفض الطبيب - مع ذلك - إجراء عملية الزرع ، أي تنفيذ التزامه عيناً ، فللزوجة أن تطالب بالتعويض النقدي (التنفيذ بمقابل) . وللقاضي أن يأخذ في اعتباره عند الحكم بالتعويض ، كافة الأضرار التي لحقت الزوجة من جراء رفض الطبيب تنفيذ التزامه ، وعلى الأخص ضرر تفويت الفرصة عليها لأن تصبح - يوماً - أماً . وهي أمنية عزيزة على كافة النساء ، خصوصاً لمن تعاني من العقم ، وبعد أن تجدد أملها لتحقيق رغبتها في الأمومة ، وبعد أن توفي زوجها !

كما أن رفض الطبيب إجراء عملية الزرع قد يؤدي إلى مشكلة لا حل لها . فقد يتعذر على الزوجة أن تجد طبيباً آخر يُجرى لها عملية زرع البويضة الملقحة . وهنا تثور مشكلة مصيرة البويضة الملقحة واحتمالات استخدامها المختلفة[1] .

٣ - موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الصناعي .

(١١٦) يشترط أيضاً لممارسة الإنجاب الصناعي موافقة كلا الزوجين على عملية التلقيح . فالولد يُنسب إليهما معاً ، ومن ثم يجب رضاؤهما ، بسلوك طريقة الإنجاب الصناعي . ويرجع ذلك ، من ناحية ، إلى أن موافقة

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٦٧ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الزوجين أمر ضروري تفرضه طبيعة الإنجاب ذاته . ولا يختلف الإنجاب الصناعي ـ من هذه الناحية ـ عن الإنجاب الطبيعي . فهو مجرد وسيلة للتغلب على آثار العقم والحد منها . وليس هناك ، في الإنجاب الصناعي ، ما يُبرر إعطاء أحد الزوجين مزايا لا وجود لها من الإنجاب الطبيعي . ومن ناحية أخرى ، فالإنجاب رغبة ، والرغبة في الإنجاب ـ صناعياً كان أم طبيعياً ـ يجب أن تكون مشتركة ، وأخيراً ، فإن الإنجاب ليس حقاً ، وإنما هو مجرد رخصة أو حرية ، ومن ثم ، ليس لأحد الطرفين سلطة إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه[1] .

وهذه الموافقة يجوز ـ في رأينا ـ العدول عنها طالما أن العدول قد تم قبل حدوث الحمل (عملية التلقيح) . أما بعد ذلك فيستحيل الرجوع في قرار الموافقة . وهي استحالة ليست فقط قانونية ، وإنما مادية أيضاً . فالعدول ، بعد الحمل ، يعني الإجهاض . وهو أمر غير جائز شرعاً وقانوناً إلا لعذر كالخوف على حياة الأم من بقاء الجنين في بطنها[2] ، وإذا كان الزوجين قد اتفقا مع الطبيب على إجراء العملية ، ثم أراد أحد الزوجين رجوعه عن موافقته ، فإنه يُعتبر ـ حينئذ ـ مخلاً بالتزامه العقدي في مواجهة الطبيب . لكنه لا مسؤولية عليه قبل الزوج الآخر .

لكن الوضع لا يبدو بمثل هذه البساطة في حالة التلقيح الصناعي في أنبوب اختبار in vetro . حيث تستغرق عملية التلقيح وقتاً طويلاً نسبياً ، كما تمر بمراحل وإجراءات معينة إلى أن تستقر البويضة الملقحة بزرعها في رحم المرأة . ويمكن تلخيص هذه المراحل **في مرحلتين رئيسيتين**:

---

(١) - J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 155.

(٢) كأن كانت مريضة بمرض لا يمكنها من الحمل ، أو من تطورات الحمل ، في هذه الحالة يجوز إسقاط الجنين إحياء للأم من باب التضحية بالفرع في سبيل بقاء الأصل ، أو التضحية بالجزء في سبيل إبقاء الكل ، راجع:
ـ حسن الشاذلي ، حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية ، المقالة السابقة ، ص ٢٤ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الأولى: إجراء عملية التلقيح ذاتها من أنبوب الاختبار، الثانية: زرع البويضة الملقحة في رحم المرأة التي ترغب في الحمل، وقد توافق المرأة على سحب البويضة من المبيض لتلقيحها، وتوافق أيضاً على تلقيحها في الأنبوب بنطفة زوجها (أو رجل كصديقها مثلاً)، ثم تعدل عن موافقتها قبل زرع البويضة الملقحة في رحمها مباشرة.

(١١٧) مثل هذا العدول يخلق ـ عملاً وقانوناً وشرعاً ـ مشكلة تبدو دقيقة بل وشائكة. فالقول، كما ذكرنا، بأن المرأة لها الحق أن تعدل عن موافقتها على التلقيح الصناعي حتى قبل حدوث الحمل بتمام عملية التلقيح يعني أن المرأة التي وافقت على التلقيح لا تستطيع أن ترفض زرع البويضة في رحمها. فموافقتها أصبحت ـ بذلك ـ نهائية لا رجعة فيها. وقد يُعزز هذه النتيجة أن البويضة الملقحة لم تعد مجرد خلية جرثومية، وإنما أصبحت ـ بعد التلقيح ـ جنيناً يحمل بين طياته «روح» بشرية كامنة ومحتملة ورفض زرع البويضة الملقحة من ـ قبل المرأة يؤدي ـ بالضرورة ـ إلى «إعدام» هذه البويضة الملقحة. وهي مسألة لا يجوز قبولها ـ شرعاً ـ بمثل هذه البساطة. مع أن «الإعدام» هو المصير الحتمي للبويضة الملقحة بعد رفض المرأة لعملية الزرع. إلا إذا قلنا بحق الزوج ـ في هذه الحالة ـ بزرع البويضة في رحم امرأة أخرى، أو الاحتفاظ بها بتجميدها لاستعمالها في المستقبل، أو التبرع بها لمعهد علمي لإجراء التجارب والبحوث عليها. وهي حلول تبدو هي الأخرى مرفوضة شرعاً على الأقل.

لكن القول ـ من ناحية أخرى ـ بإكراه أو إجبار المرأة على قبول زرع البويضة في رحمها يبدو ـ عقلاً ومنطقاً عملاً ـ غير ملائم. فالحمل إرادة أو رغبة مشتركة، ويجب أن يبقى كذلك حتى تمام كافة مراحله ومنها عملية الزرع. وبنفس المنطق، يبدو من غير الملائم أن نُعطي الزوج حق إجبار زوجته على زرع البويضة الملقحة في رحمها رغماً عن إرادتها، متجاوزاً بذلك اعتراضها، لكنه، في المقابل، يجب الاعتراف للزوج هو الآخر بحق

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الاعتراض على عملية الزرع[1] ، واحترام رغبته في ذلك مثله مثل الزوجة تماماً . فقرار اللجوء إلى التلقيح الصناعي هو قرار الزوجين معاً ، ويجب أن يبقى كذلك مشتركاً بينهما حتى انتهاء إجراءات الزرع بتثبيت البويضة الملقحة في الرحم .

لكن الصعوبة في الإنجاب الصناعي أن موافقة الزوجين فقط لا تكفي كما هو الحال في الإنجاب الطبيعي . إذ أن الإنجاب الصناعي لا يتم دون تدخل من قبل « الغير » . وقد يرفض هذا « الغير » التدخل أو المساهمة في عملية التلقيح الصناعي ، فتتعطل عملية الإنجاب كلية . مما يدل بوضوح على أن موافقة الزوجين وحدها ليست كافية لتحقيق رغبتهما في الإنجاب الصناعي .

وقد رأينا أن هذا « الغير » قد يكون الطبيب ، أو المرأة « الحاملة » أو المتبرع بالنطفة . وإذا كنا قد انتهينا ، فيما سبق ، إلى عدم جواز التلقيح الصناعي الذي يعتمد على إدخال الغير طرفاً مباشراً فيه (التبرع بالنطفة والمرأة « الحاملة ») ، فإن تدخل الطبيب يبدو لا غنى عنه في حالات التلقيح الصناعي الجائزة شرعاً وقانوناً . وليس على الطبيب ـ كما رأينا ـ أي التزام بضرورة موافقته على التلقيح الصناعي . فهي مسألة تتوقف على ضمير الطبيب وشعوره ، ولذلك يُترك له حرية الرفض أو القبول .

الفرع الثاني

هدف الانجاب الصناعي

(١١٨) الإنجاب نعمة من الله سبحانه وتعالى . فالمال والبنون زينة الحياة الدنيا . وهو نعمة قدّرها الله عز وجل وهبها للبعض ومنعها عن البعض الآخر . وقد قال الله سبحانه وتعالى : ﴿**لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء ، يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور . أو يزوجهم ذكراناً**

---

(١) عكس ذلك : - J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 80.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإناثاً . ويجعل من يشاء عقيماً .إنه عليم قدير﴾[1]. فأخبر سبحانه أن ذلك عائد لمشيئته . وأنه قد يهب البعض الذكور فقط أو الإناث فقط ، وقد يجمع للبعض النوعين معاً ، وقد يمنعهما عنهما معاً . فتلك إذن مشيئة الله سبحانه وتعالى ، تتعلق بعلمه وقدرته .

وقد استطاع الطب ، بإرادة الله سبحانه وتعالى ، أن يتوصل إلى بعض الوسائل التي يمكن عن طريقها إزالة ، والحد من آثار العقم ، وتحقيق الإنجاب صناعياً . وليس في ذلك ما يتعارض مع الشريعة الغراء إذ « ما تمت هذه التجارب إلا بأسباب الله من أخذ الحيوان المنوي من الرجل مخلوق الله وأخذ البويضة من المرأة مخلوقة الله أيضاً، وفي البيئة التي حددتها حكمة الله. . ». فهو الذي قدر ذلك وقرره في غيبه الأزلي، ولو لم يرده الله تبارك وتعالى ماحدث وماتم.

(١٩٩) لكن مشروعية الإنجاب الصناعي ـ في الحدود السابقة ـ يجب أن تتقيد بالهدف الذي أجيز من أجله. لذلك يشترط:

١ ـ أن يهدف الإنجاب الصناعي فقط إلى إزالة أو الحد من آثار العقم . وإذا كان الإنجاب نعمة من نعم الله على عباده ، والولد زينة الحياة الدنيا ، فإن العقم يقف في سبيل تحقيق أحد مظاهر زينة الحياة الدنيا وهو « البنون » . ولذلك يتقيد الإنجاب الصناعي بتلك الغاية فقط دون غيرها . ويترتب على ذلك: لا يجوز اللجوء إلى الإنجاب الصناعي بالنسبة لمن لا يُعاني من العقم أياً كان السبب وراء ذلك . فالإنجاب الصناعي هدفه الوحيد هو « محاربة » العقم توصلاً لتحقيق الرغبة في الولد . أما خارج هذا الهدف ، فلا يجوز إجراء التلقيح الصناعي . بل حتى في حالة العقم ، فالتلقيح الصناعي وسيلة احتياطية للإنجاب لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد محاولة علاج العقم وتحقيق الإنجاب الطبيعي .

---

(١) الآيتان ٤٩، ٥٠ من سورة الشورى.

(٢) الشيخ محمد متولي الشعراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤ ، ٢٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

٢ ـ لا يجوز ـ بأي حال من الأحوال ـ إجراء تلقيح صناعي بهدف الحصول على بويضات ملقحة لاستخدامها في إجراء التجارب أياً كان نوعها ، وسواء كانت تجارب علاجية ، أو تجارب علمية . وإذا كان الإنجاب الصناعي هدفه التغلب على مشكلة العقم ، فيجب ألا يستخدم لأي هدف آخر . ومن هذا القبيل إجراء عملية التلقيح بهدف الحصول على بويضات ملقحة لإجراء التجارب عليها . وقد يُشجع على هذا الاستخدام نجاح إجراء التلقيح خارج الرحم vetro بل وسهولتها . إذ قد لا يجد أحد المراكز العلمية المتخصصة في عمليات التلقيح الصناعي صعوبة في الحصول على نطفة رجل وبويضة امرأة وتلقيحها in vetro للحصول على بويضة ملقحة بغرض استخدامها في إجراء التجارب والأبحاث العلمية . مثل هذا الاستخدام يجب إدانته وعدم إجازته أصلاً . فالضرورة تقدر بقدرها ، ومن ثم لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي إلا لعلاج العقم ومحاربته .

٣ ـ مدى جواز الرغبة في ولد « محدد » :

من الرغبة في « ولد » إلى الرغبة في ولد « محدد » بمواصفات معينة لا يبقى سوى خطوة واحدة في إجراءات « برمجة » الحياة البشرية . وطالما قد أصبح من الممكن ، حالياً ، تحقيق رغبة الفرد في الحصول على ولد ، فلماذا لا نحقق له رغبته أيضاً في الحصول على ولد ذات مواصفات معينة من حيث الشكل والصفات والنوع؟ فلا يوجد ـ في الواقع ـ بين الرغبة في ولد والرغبة في ولد بمواصفات معينة إلا خطوة صغيرة يمكن ـ علمياً ـ عبورها حتى تتحقق الرغبة في الإنجاب على أكمل وجه .

وقد يُقال ، تشجيعاً على عبور هذه الخطوة ، أنها تهدف إلى تحسين النسل عموماً ، وهي غاية نبيلة يجب تشجيعها . فالمواصفات المطلوبة في الولد هي ـ دائماً ـ مواصفات مرغوبة من أفراد المجتمع بوجه عام كالذكاء والطول والصحة . . . وهكذا . ولا ريب في أن انتشار هذه الصفات سيعود بالفائدة على المجتمع عموماً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وبالرغم من نبل الغاية ، إلا أن تحسين النسل يجب ألا يكون « الغطاء » الذي يحدث باسمه ممارسات غير مقبولة شرعاً وقانوناً ، فالرغبة في الإنجاب ليست مطلقة ، وإنما هي رغبة مقيدة بالمعايير الاجتماعية الموجودة في المجتمع . وتكمن الصعوبة الحقيقية في أن فكرة تحديد النسل فكرة مرنة يصعب تحديدها ، كما أن الحدود بين تحسين النسل المقبول وتحسين النسل غير المقبول قد يصعب تعريفها واقتفاء أثرها .

والحقيقة أن هذا الموضوع قديم ، لكنه ظهر - حديثاً - في صورة مختلفة تماماً أما أنه قديم فذلك لأن كثير من المجتمعات قد أجازت - منذ القدم - إسقاط الجنين إذا تبيّن طبياً أن به تشوهات كثيرة ، وأن فرصته من الحياة الطبيعية ضئيلة أو معدومة . وهناك « حالات مرضية عديدة يتعرض فيها الجنين للمخاطر ويتعين في بعض تلك الحالات إخراج الجنين رحمة بالجنين ذاته وليس شفقة ورحمة بالأم »[1] . مثال ذلك إصابة الأم بالحصبة الألمانية في أشهر الحمل الأولى . ذلك أن احتمال إصابة الجنين بالتشوهات الخلفية ترتفع إلى ٧٠ بالمائة إذا كانت الإصابة في الشهر الثاني من الحمل . كما أن تعرض الأم للعلاج بالأشعة أو بالعقاقير المضادة للسرطان يؤدي إلى تشوهات الجنين ، وأحياناً إلى موته ، ومن هذا القبيل أيضاً متابعة الجنين خلال شهور الحمل ، ورؤيته بجهاز « السونار » ، والتشخيص السابق للوضع . كل هذه الوسائل تهدف إلى ميلاد طفل سليم ، صحيح ومعافى من الأمراض . لكن هذه الوسائل يجمعها أنها لاحقة لحدوث الحمل ذاته ، ومن ثم فإنها تنصب على الجنين قبل ولادته .

لكن هذا الموضوع قد ظهر في « ثوب » جديد تماماً بعد نجاح طرق التلقيح الصناعي . إذ أمكن التدخل طبياً قبل حدوث الحمل وخلال مرحلة التلقيح وذلك بهدف تحسين وضع الجنين من الناحية الصحية والشكلية ، بل ومن حيث نوعه (ذكر أو أنثى) ومواصفاته . وهكذا بعد أن نجح التلقيح

---

(١) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الصناعي كوسيلة للتغلب على العقم وتحقيق الرغبة في الولد ، أصبح التساؤل ، الآن ، هل يمكن استخدام التلقيح الصناعي أيضاً كوسيلة لتحسين حياة الطفل طبياً واجتماعياً؟ بعبارة أخرى ، هل غاية الإنجاب الصناعي هي فقط محاربة العقم وتحقيق الرغبة في « ولد » ، أم أيضاً تحقيق الرغبة في ولد له مواصفات معينة يُحددها الزوجين؟ .

(١٢٠) نعتقد أنه يجب التفرقة ـ في هذا الصدد ـ بين نوعين من المواصفات أو الرغبات :

النوع الأول : رغبات ذات دوافع طبية (مواصفات علاجية)

يهدف الطب بوجه عام إلى أن يُجنب الإنسان آلام ومخاطر المرض والتشوهات الخلقية التي قد تُصيبه في أي مرحلة من مراحل حياته . وإذا كان العلاج حقاً في بعض الدول ، فإنه ـ أي العلاج ـ قد يكون في بعض الحالات التزاماً عند اكتشاف بعض الأمراض ذو الخطورة الاستثنائية كالإيدز مثلاً . وللقيام بهذه المهمة السامية ، فإن للطب ـ في ذلك ـ دورين : دور علاجي ودور وقائي . ودون التقليل من شأن الدور العلاجي ، فإن الوقاية ـ دائماً ـ أفضل من العلاج . من هذا القبيل ، مثلاً ـ إعطاء الأطفال تطعيمات مختلفة لوقايتهم وتحصينهم من أمراض معينة .

انطلاقاً من هذه الفكرة الصحيحة حاول الأطباء تطوير بعض الأبحاث بغرض التدخل لوقاية الجنين ، بل وعلاجه ، قبل ولادته من بعض الأمراض والتشوهات الخِلْقية. وقد ساعد على إمكانية تطبيق هذه المحاولات نجاح طرق الإنجاب الصناعي . حيث أمكن التدخل في مرحلة سابقة على زرع البويضة الملقحة في رحم المرأة ، أي في مرحلة التلقيح خارج الرحم in vetro . وكذلك في المرحلة اللاحقة لذلك ، أي بعد زرع البويضة في الرحم . فقد يكتشف الأطباء من تركيب البويضة الملقحة ، وجود بعض التشوهات في الجنين . ولأن الوقاية خير من العلاج ، فقد حاول العلماء التدخل قبل ميلاد الطفل وتحقق الخطر بالفعل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

في نطاق هذه الحدود السابقة ، وانطلاقاً من هذه « الغاية » النبيلة ، فإنه يبدو أن مثل هذا التدخل جائز شرعاً وقانوناً . فلا يشترط ولادة الإنسان لنبدأ علاجه ، بل يمكن البدء في العلاج وهو ما زال نطفة أمشاج في رحم أمه . وإذا كان يجوز إسقاط الجنين المصاب ببعض التشوهات رحمة بالجنين نفسه ، فيجوز ـ من باب أولى ـ التدخل لعلاجه وإنقاذه من الموت أو من آلام المرض الذي تنتظره بعد ولاته .

النوع الثاني: مواصفات غير علاجية:

إذا كان لكل إنسان الرغبة في الحصول على « ولد » سليم معافى ، إلا أن هذه الرغبة يجب أن تقف عند حد معين مقبول أخلاقياً واجتماعياً . فطموح الإنسان لا يقف عند حد معين . وإذا كان يرغب ـ اليوم ـ في طفل سليم صحياً وعقلياً ، فقد يرغب ـ غداً ـ في طفل يحمل صفات أخرى كالذكاء والطول وغير ذلك من الصفات المرغوبة من الناحية الاجتماعية . وبهذا المفهوم بدء العلماء حديثاً تطوير بعض الأبحاث التي تهدف إلى التحكم في الصفات الوراثية ، وهو ما يسمى بالهندسة الوراثية ، وكذلك نوع الجنين وما إذا كان ذكراً أم أنثى .

ويرى البعض[1] أن التدخل في عوامل الوراثة لتغيير مجرى الحياة الاعتيادية تحت أي مبرر من المبررات هو أمر محظور « لأن استعمال النطفة البشرية وما ينتجها أو يحتضنها أو يتعلق بها كل ذلك له ضوابط في شريعة الله تعالى لا يجوز تخطيها . كما أن الشربة ليست حقلاً من حقول البقر أو الأغنام تجري عليها التجارب ، وإنما هي في نظر الشرع أكرم مخلوقات الله تعالى . فمجال العلم مساعدة البشرية ، فإن تخطي هذا المجال تحول إلى كارثة » .

أما بالنسبة للتحكم في جنس الجنين ، فيرى البعض عدم جوازه إذا

---

(١) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٩٧ ، ٩٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كان على مستوى الأمة ، « أما على المستوى الفردي فاختلف الرأي فيها ، فأجازه جملة ومنعه آخرون . خشية طغيان جنس على جنس »[1] .

ومما يُعزز هذا الإتجاه أن الإنجاب الصناعي مجرد وسيلة احتياطية لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا استحال الإنجاب بالطريق الطبيعي . فهو مجرد وسيلة للتغلب على العقم وإزالة آثاره لتحقيق الرغبة في الولد . ومن ثم لا يجب استخدامه في أي أغراض أخرى كالتحكم في الصفات الوراثية وجنس الجنين وخلقته .

ويُضيف البعض الآخر[2] « أن الإدعاء بالتحكم في جنس الجنين يُعتبر تطاولاً على المشيئة الإلهية ، التي وزعت الجنين بحكمة ومقدار ، وحفظت التوازن بينهما على تطاول الدهور ، ويُعتبر ذلك دليلاً من أدلة وجود الله سبحانه وتعالى ، وعنايته بخلقه ، وحسن تدبيره لملكه . . . ». وقد يرخص الدين في عملية اختيار الجنس، لكنها يجب أن تكون رخصة للضرورة أو الحاجة التي في منزلة الضرورة. . وان كان الافضل والاسلم تركها لمشيئة الله وحكمته «وربك يخلق مايشاء ويختار ما كان لهم الخيرة». فالله وحده هو القادر على خلق الانسان والتحكم في جنسه ذكرا أو أنثى «هو الذي يصوركم في الأرحام كيف يشاء، لا اله الا هو العزيز الحكيم». .

المطلب الثاني

جزاء مخالفة الشروط

(١٢١) لا يكفي القول بوجود شروط لجواز الإنجاب الصناعي ، وإنما يجب التفكير في جزاء يُوقع عند مخالفة هذه الشروط . فالقول بالمنع شيء ، وجزاء مخالفته شيء آخر . فالجزاء عموماً يلعب دوراً هاماً وحاسماً

---

(١) خالد المذكور ، المقالة السابقة .

(٢) يوسف القرضاوي ، جريدة الأبناء الكويتية ، ١٩ / ١ / ١٩٩٠ م .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لضمان احترام القواعد القانونية . فالقاعدة لا تكون قانونية إلا إذا توافر لها خصائص أو صفات منها صفة الإلزام فيها . ولا يتصور أن يترك تنفيذ القواعد القانونية لمحض مشيئة الأفراد ورغبتهم . وضمان احترام الأفراد للقواعد القانونية يكمن في الجزاء الذي يرتبط بها . والجزاء ، بهذا المعنى ، هو وسيلة الجماعة في فرض احترام القواعد التي تنظم بها سلوك الأفراد .

لكن تحديد الجزاءات التي يمكن توقيعها من نطاق الإنجاب الصناعي يبدو على قدر كبير من الصعوبة . فالمشرع ، في الكويت ومصر وفرنسا ، لم ينظم مثل هذا الموضوع بنصوص خاصة ، ومن ثم ، فهو يخضع - حتى الآن - لحكم القواعد العامة ، والجزاءات التي يمكن توقيعها تُستخلص ، أيضاً ، من القواعد العامة .

والجزاء قد يكون مدنياً ، كما قد يكون جنائياً .

الفرع الأول

« الجزاء المدني »

(١٢٢) هذا الجزاء قد يكون ، طبقاً للقواعد العامة ، التعويض أو البطلان .

الغصن الأول

« التعويض »

(١٢٣) نقصد بالتعويض - هنا - التعويض عن عدم تنفيذ أو الإخلال بالتزام عقدي ، أو التعويض عن الإخلال بالتزام مصدره القانون . فالتعويض قد يكون جزاءً للمسؤولية العقدية ، وقد يكون جزاءً للمسؤولية التقصيرية . ومن ثم يبدو التعويض جزاء مناسبا يمكن توقيعه ، طبقاً للقواعد العامة ، على من يُخل بأحكام الإنجاب الصناعي. ولا نزيد، بداهة، أن نعرض لأحكام التعويض عموماً عن المسؤولية بنوعيها ، وإنما فقط لبعض الفروض التي تُمثل «الذاتية» الخاصة للإنجاب الصناعي بكافة طرقه ووسائله .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

والحقيقة أن التلقيح الصناعي بين الزوجين دون تدخل من « الغير » لا يُثير سوى مسؤولية الطبيب في بعض الحالات . وفي هذه الحالات يكون للزوجين الحق في مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهما . أما التلقيح الصناعي بواسطة « الغير » ـ المتبرع بالنطفة أو المرأة « الحاملة » ـ فيبدو هو المجال الطبيعي لإعمال الحق في التعويض ، سواء تم التلقيح بين شخصين تجمعهما علاقة شرعية أم لا .

وقبل أن نعرض لأحكام التعويض والمسئول عنه ، نُحدد ـ بداءة ـ وضع المشكلة .

أولاً : وضع المشكلة

(١٢٤) رأينا ، فيما سبق ، أن الإنجاب الصناعي يحدث بوسائل مختلفة ، قد تكون داخلية وقد تكون خارجية ، وقد تكون دون تدخل من الغير ، اللهم سوى الطبيب ، أو بتدخل من الغير . وأكثر الصور إثارة للمشاكل من الناحية العملية هي :

ـ زوجان أو عشيقان! يعاني الرجل من عدم قدرة على الإنجاب ، بينما تستطيع زوجته الإنجاب . فيتم الاتفاق بينهما على تلقيح بويضة الزوجة بنطفة رجل آخر يظل مجهولا وغير معروف لأحد . فالتلقيح إذن قد تم بناء على رغبة الطرفين واتفاقهما المشترك. وفي حالة ما إذا كان الطرفان عشيقين ، والعشيق يعاني من العقم ، فهو يتفق مع عشيقته ليس فقط على الإنجاب الصناعي ، وإنما بإقرار نسب الولد له .

ـ أن يجري تلقيح بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليس بينهما علاقة زواج في أنبوب اختبار vetro ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها ، على أن يُنسب المولود لزوج المرأة «الحاملة». ويلاحظ على هذه الفروض العملية أن الزوج لا تربطه بالمولود علاقة حقيقية ، وإنما فقط علاقة قانونية بموافقته على نسبته إليه ، أو بإقراره به .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولا ريب في أن مثل هذا الوضع مُعقد وشاذ من الناحية العملية ، فضلاً عن عدم مشروعيته من الناحية القانونية . ويزداد الأمر تعقيداً إذا أنكر الأب - بعد ذلك - نسب المولود له ، أو عدل العشيق عن إقراره ، أو رفضت الأم « الحاملة » تسليم المولود للأم صاحبة البويضة . وإذا كان العقد الذي يجمع الأطراف ، في هذه الحالات - باطل كما ذكرنا من قبل ، إلا أن ذلك لا يمنع من التساؤل حول مسؤولية بعض الأطراف تجاه البعض الآخر الذين يحق لهم المطالبة بتعويض من المسؤول عن الضرر . ونعرض فيما يلي لحق المولود في المطالبة بالتعويض ، وحق الأم ، ثم لمدى مسؤولية الطبيب الذي تولى إجراء عملية التلقيح .

ثانياً: حق الأطراف في المطالبة بالتعويض

١ - حق المولود:

(١٢٥) الفرض - هنا - أن زوجين أو عشيقين قد اتفقا على السير في طريق التلقيح الصناعي للزوجة أو العشيقة بنطفة رجل مجهول . في مثل هذا الفرض ، فإن المولود تنقصه « الأبوة » ، أي نسبه لأبيه . فليست هناك أي علاقة بيولوجية بينه وبين أبيه (الزوج أو العشيق) فهو نسب بالإتفاق يرتكز - فقط - على تراضي الطرفين (الزوجين أو العشيقين) على نسبة الولد لأب على غير الحقيقة . فالمولود ليس له - في الحقيقة - أب مُحدد . فصاحب النطفة هو الأب الحقيقي للمولود لكنه مجهول تماماً . والأب « الاجتماعي » للمولود ليس هو الأب الحقيقي . والاتفاق على التلقيح الصناعي خير دليل على ذلك[1] .

أ - مدى جواز إنكار نسب المولود

(١٢٦) الواقع أن المولود يُعتبر - منذ اللحظات الأولى للحمل - يتيماً ، أي بدون أب حقيقي معروف ومحدد . وما نسبه - في مثل هذه

---

(١) - D. H. Weiller, rote au D. S. 1988, p. 186.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفروض ـ إلا نسباً صناعياً ، بالرغم من العلاقة القانونية والاجتماعية التي تربطه بأبيه « الوهمي » . وبالرغم من أن وضع المولود يُعتبر ـ منذ اللحظات الأولى للحمل ـ سيئاً ، إلا أنه يزداد سوءاً إذا أنكر الأب الاجتماعي ـ بعد ذلك ـ نسب المولود له ، أو عارض العشيق في إقراره للنسب .

وقد استقر القضاء الفرنسي[1] على أحقية الأب « الاجتماعي » ، زوجاً كان أم عشيقاً ، في إنكار نسب المولود إليه . إذ هو في الواقع ليس ابنه . والموافقة على إجراء عملية التلقيح الصناعي من قبل الزوج أو العشيق لا تُعتبر في ذاتها تنازلاً عن المعارضة ـ بعد ذلك . في نسب الولد إليه . وقد استند القضاء في ذلك على نص المادة ٣١١ ـ ٩ مدني التي تقرر عدم جواز التنازل عن دعاوى النسب عموماً ، والمادة ١/٣٣٩ التي تجيز الاعتراض على الإقرار من جانب كل من له مصلحة في ذلك ، وحتى من المُقر نفسه[2] . ويكفي الزوج ، لإنكار النسب ـ أن يثبت عدم أبوته للمولود بكافة طرق الإثبات . ولن يجد الزوج في هذا الإثبات أي صعوبة . إذ أن اللجوء

(١ راجع في ذلك:

- T. G. I. Saint Malo, 1er fév. 1984, Rev. trim. dr. civ., 1984, p. 702.
- Cour d'apple de Toulouse, 21 sept. 1981, D. S, 1988, p. 184, Rev trim. dr. cit., 1988, p. 725.
- T. G. I. Paris, 19 fév. 1985, D. 1986, p. 223, note E. Paillet.
- T. G. I. Nice, 30 Juin 1970, D. 1977, p. 45 note D. H. Weiller, J. C. p., 1977, 2, 18597, note M. Harichaux, Ramu.

وكذلك الفقه:

- J. R. Devichi, Rev. trim. dr. civ., 1987, p. 726 et s.
- P. Kayser, Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle, D. 1987, n° 11.
- A. Seriaux, La procréation artificielle sans artifices: illiceite et résponsabilité D. S., 1988, chron., p. 201 ets.

(٢) وللزوج إنكار نسب الولد له خلال ٦ شهور من تاريخ الوضع إذا كان داخل الوطن ، أما إذا كان خارج الوطن فتبدأ المدة من تاريخ عودته . فإذا أخفيت عنه واقعة الوضع غشاً ، فإن المدة تبدأ من تاريخ اكتشافه للغش . وللعشيق الاعتراض على الإقرار خلال عشر سنوات من تاريخ الإقرار . ولا ريب أن مثل هذا الوضع يؤدي إلى عدم استقرار النسب لمدة طويلة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

إلى التلقيح الصناعي بالطريقة السابقة يفترض ـ كقاعدة ـ عقم الزوج ويكفي أن يُقدم الزوج شهادة طبية تفيد ذلك[1] .

أما في القانونين الكويتي والمصري ، فالوضع جد مختلف . وإذا كان للزوج أن ينفي نسب الولد إلا أن أحكام نفي النسب تختلف عنها في القانون الفرنسي . وفي ذلك تنص المادة ١٦٨ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: « لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب ، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي . . . » . ويشترط لإنكار النسب أن يتم النفي خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها من ناحية ، وألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً . أي ألا يحدث من الزوج ما يدل على الإقرار بالولد . فإذا صدر منه ما يدل على إقراره به ثبت نسبه ، ولا يعتد بنفيه ، لأن النسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفي بعد ذلك[2] . ولذلك يمكن القول أن موافقة الزوج على تلقيح زوجته صناعياً بنطفة رجل آخر هو اعتراف ضمني بنسب المولود له .

وهكذا يجد المولود نفسه دون أب حقيقي أو قانوني . فمن وافق على التلقيح الصناعي عاد وأنكر نسبه إليه . في ضوء مثل هذه الظروف ، قد يبدو من حق الطفل أن يطالب بتعويض . لكن الاستجابة لطلبه تتوقف ـ بداهة ـ على توافر شروط المسؤولية من ضرر وخطأ وعلاقة سببية .

ب ـ مدى توافر شروط التعويض:

أولاً: الضرر والضحية .

(١٢٧) لا يستطيع الفرد المطالبة بتعويض إلا إذا أصابه ضرر . وهنا تبدو وظيفة التعويض وهي جبر الضرر . وكل ضرر يفترض ـ بالضرورة ـ وجود ضحية أو مضرور .

---

(١) وتبدو أهمية الشهادة في حالة الزوج الذي يلجأ إلى التلقيح بواسطة «الغير» بالرغم من قدرته على الإنجاب إذا كان يخشى ـ مثلاً ـ انتقال بعض الأمراض الوراثية للطفل .

(٢) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٢ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٢٨) والضرر هو الظلم الواقع على كائن بشري في شخصه أو في ماله . وخسارة حق مالي أو غير مالي ليس بالضرورة مرادفاً للظلم . فالموت ، وإن كان حقاً على كل إنسان ، إلا أن الشخص قد يموت ظلماً ، وقد لا يكون موته ظلماً ، أي عدلاً juste . فما هو إذن معيار التفرقة بين الظلم والعدل من الناحية القانونية .

يمكن القول ـ في هذا الصدد ـ أن الضرر هو إخلال من جانب شخص (المسئول) بمصلحة ـ مالية أو غير مالية ـ لشخص آخر (المضرور) ضد ارادته وبدون سبب يبرر هذا الفعل الضار.

ويتضمن هذا المعيار افتراضين: تحقق خسارة للمضرور دون موافقته، ووقوع هذه الخسارة دون سبب يبررها. يستوي بعد ذلك أن تكون هذه الخسارة مادية أو أدبية، كما يستوي أن تكون حالة أو مستقبلة طالما أنها محققة الوقوع[1].

وبهذا المفهوم لمعيار الضرر، يمكن القول أن المولود يصيبه ضرر في حالة تلقيح الأم صناعيا بنطفة رجل آخر غير زوجها مجهول تماما. وهو ضرر مادي وأدبي في الوقت نفسه. أما الضرر المادي فهو حرمانه من النفقة التي يلتزم بها الأب دائما قبل أولاده. والنفقة هي كل مايلزم الولد من غذاء وكساء وسكن وتعليم. . . وهكذا. أما الضرر الأدبي فهو حرمانه من نسبه لأبيه الحقيقي وما يترتب على ذلك آثار نفسية واجتماعية غاية في السوء بالنسبة للولد. فالولد ـ أي ولد ـ له حق قانوني وطبيعي في أن يكون له أب وأم، وحرمانه منهما أو من أحدهما هو ـ بدون شك ـ ضرر جسيم يصيب المولود. وليس لأحد أن يفرض على المولود أن يجيء الى الدنيا دون «أبوة» حقيقية، أو حرمانه من نسبة لأبيه الحقيقي (بيولوجيا).

وبناء على ذلك ، فإن الضرر لا يتمثل في ولادة الطفل ذاتها ، وإنما من ولادته دون نسب لأب حقيقي بيولوجياً ، محدد ومعين ، أو على الأقل

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، الجزء الأول ، السابق ، ص ٩٧٠ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يمكن تحديده . وإذا كان ليس من المستحيل أن لا يعرف الولد حقيقة نسبه، وقد يظل هذا الأمر « سراً » بعيداً عن مسمع الولد . لكن هذه النتيجة ليست مؤكدة . فمن يضمن بقاء هذا الأمر سراً؟ خصوصاً أن الأمر برمته يتوقف على « مزاج أبويه» ، وقد يتغير هذا المزاج من وقت لآخر ، فينكشف السر ويعلم الولد البائس بالحقيقة المرة .

(١٢٩) أما ضحية الضرر فيجب أن يكون كائناً بشرياً . فهل يُعتبر الطفل ـ منذ الأيام الأولى للحمل ـ كائناً بشرياً ، يحق له المطالبة بالتعويض؟ انتهينا ـ فيما سبق ـ إلى أن الجنين هو كائن بشري كامن أو محتمل يجب حمايته ، ومن مظاهر هذه الحماية حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه . فالقواعد العامة في القانون المدني تسمح للجنين الذي أُصيب وهو في بطن أمه بخطأ من الغير أن يطالب ـ بعد ولادته ـ بالتعويض عن الضرر الذي أصابه[١] . وقد اعتنقت محكمة استئناف تولوز هذا التصور[٢] على أساس أن الجنين له ، فرضاً على الأقل ، كافة صفات الكائن البشري منذ اللحظات الأولى للحمل ، أو ـ كما ذهبت اللجنة الوطنية للأخلاق في فرنسا ـ لأن الجنين هو كائن بشري محتمل يفرض احترامه على الجميع[٣] . وأخيراً فإن المشرع الفرنسي قد نص في المادة الأولى من قانون الإجهاض الإرادي[٤] على أن القانون يضمن احترام كل كائن بشري منذ بداية الحياة .

وهكذا فإن الطفل يُعتبر ـ من قبل المشرع (الفرنسي) والقضاء وأعضاء لجنة الأخلاق ـ كائناً بشرياً منذ بداية الحمل[٥] . ويترتب على ذلك أن

---

(١) - E. Keyserlingk, The unborn child's to prenatal care, Montréal, Centre de recherche en droit privé Comparé du Québec, 1984, n° 17, p. 53 ets.

(٢) راجع حكمها الصادر في ٢١ سبتمبر ١٩٨٧ ، السابق الإشارة إليه .

(٣) - G. Mémeteau, le premier avis de Comité Consultatif national d'éthique, J. C. P., 1985, 1, 3191, n° 7.

(٤) الصادر في ١٧ يناير ١٩٧٥ .

(٥) قرب: - Cav. Civ., 10 déc. 1989, D. 1987, p. 449, note Paire.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الجنين يمكن ـ قانوناً ـ أن يكون ضحية للضرر بالمعنى السابق تحديده .

ثانياً: الخطأ والمسؤول

(١٣٠) لا يكفي أن يُصاب الطفل بضرر حتى يُمكنه المطالبة بالتعويض عنه . وإنما يجب أن يكون الضرر قد وقع بخطأ من الغير . فما هو الخطأ ومن هو المسؤول؟ .

لاريب في أن الاتفاق الذي يتم بمقتضاه تلقيح الزوجة صناعياً بنطفة رجل آخر غير زوجها هو عقد باطل لعدم مشروعية المحل والسبب في الوقت نفسه كما انتهت محكمة استئناف تولوز[1] . فمحل العقد ـ هنا ـ هو نطفة الرجل المجهول التي تبرع بها لصالح الزوجين عن طريق أو بواسطة مركز دراسة وحفظ السائل المنوي البشري (المودع لديه) . لكن الجسم البشري ، كما ترى المحكمة ـ لا يمكن أن يكون محلاً للتصرفات أياً كان نوعها . فعلى العكس من التبرع بالأعضاء البشرية ، فإن التبرع بالسائل المنوي يؤدي إلى خلق كائن بشري ، ويسمح بمعاملة الشخص الإنساني معاملة الأشياء . فالسائل المنوي وإن كان أحد « نتاج » جسم الإنسان ، إلا أنه يختلف جذرياً عن النتاجات الأخرى حيث تكمن فيه القدرة على إنجاب النوع الإنساني ، وتحتوي على مصدر الحياة .

ومن ناحية أخرى ، فإن سبب العقد هو الآخر غير مشروع . فالعقد السابق يهدف إلى التصرف في « الحالة المدنية » لعدة أشخاص: الطفل ، الزوج (أو العشيق) ، والمجهول صاحب النطفة التي تم تلقيح المرأة بها . فالطفل يُحرم من نسبه الحقيقي ، ويُنسب لرجل لا تربطه به أي علاقة بيولوجية . أما الزوج فيُصبح أباً على غير الحقيقة . وأخيراً فإن الرجل صاحب النطفة يُحرم من أبوته للطفل المولود . ومن ثم ، فإن العقد يصطدم مع مبدأ عدم قابلية الحالة الشخصية للتصرف . فحالة الشخص لا يمكن أن تكون محلاً للتنازل بمقابل أو بدون مقابل .

---

(١) السابق الإشارة إليه .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويترتب على ذلك أن العقد يكون باطلاً ، وهو ، بالإضافة إلى ذلك ، يعتبر خطأ بالنظر لمصلحة الطفل . فالعقد في نظر المحكمة ليس فقط باطلاً ، وإنما أيضاً خاطىء . وهكذا انتهت المحكمة إلى أن الخطأ يتمثل في الموافقة على إبرام عقد يؤدي إلى ميلاد طفل دون أب حقيقي . فالأب الحقيقي (صاحب النطفة) مجهول ، كما أن الزوج مجرد أب « اجتماعي » لا تربطه بالطفل أي رابطة بيولوجية . فالضرر يتحقق إذن بمجرد الحمل ، والحمل تحقق بسبب العقد ، واللجوء إلى العقد بهذه الصورة خطأ[1]: وهذا الخطأ هو ـ على وجه التحديد ـ الذي تسبب في الضرر .

ويترتب على هذا التحليل نتيجتان على قدر كبير من الأهمية:

أ ـ أن هذا التحليل ينطبق على كافة أنواع التلقيح الصناعي التي تستلزم تدخل طرف ثالث في عملية التلقيح ذاتها تدخلاً إيجابياً . كالتبرع بنطفة مذكرة ، أو التبرع ببويضة مؤنثة ، أو تأجير رحم امرأة أخرى .

ب ـ أن مجرد اللجوء إلى اتباع إحدى وسائل التلقيح السابقة هو في حد ذاته خطأ يُوجب التعويض . فمصالح الطفل مهددة بالخطر بمجرد الإتفاق ، يستوي بعد ذلك إنكار نسب الولد أو عدم الإنكار ، الرجوع في إقرار النسب أو عدم الرجوع . فالخطأ موجود من حيث المبدأ بمجرد الموافقة على عملية تؤدي إلى إنجاب طفل دون نسب حقيقي لجهة الأم أو لجهة الأب . وإن كان إنكار نسب الولد أو الرجوع في الإقرار سيؤدي ـ دون شك ـ إلى زيادة الأضرار التي تصيب الطفل . وهو أمر يتعلق بمقدار التعويض وليس بالخطأ ذاته[2] . وعدم الإنكار: أو الإقرار ، لا ينفي أن الولد ـ في الواقع ـ قد نُسب إلى غير أبيه الحقيقي ، وأن حالة المدينة تبقى لوقت طويل غير

---

(١) في هذا المعنى أيضاً:

- C. Atias, le contrat de substitution de mère, D 1987, chron, p. 67.

(٢) A. Sériaux, art. préc., n° 21.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مستقرة ، ومهددة بالإنهيار بين لحظة وأخرى[١] .

وينتقد البعض التحليل السابق[٢] على أساس أن اللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة « الغير » لا يعتبر في حد ذاته خطأ . « واستدعاء طفل إلى الحياة ليس خطأ »[٣] . وحتى على فرض أن الخطأ ـ هنا ـ هو اللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة الغير ، فإن الضرر الناتج عن هذا الخطأ لا يمكن أن يكون سوى مَوْلد الطفل ذاته . فالخطأ بهذا التعريف لم يتسبب إلا في ميلاد الطفل (الضرر) . لكن الضرر المطلوب عنه التعويض في الدعوى المنظورة أمام محكمة تولوز ليس هو مَوْلد الطفل . فالضرر ـ هنا ـ يتمثل في حرمان الطفل فجأة من نسبه لأبيه . وهي أضرار لم تنتج عن اللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة « الغير » ، وإنما يرجع سببها في رجوع « العشيق » عن إقراره ، أو إنكار الزوج لنسب الولد . ويترتب على ذلك أحد أمرين : إما أن نقول بأن الخطأ هو ـ كما ذهبت محكمة استئناف تولوز ـ اللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة الغير . وفي هذا الفرض ، فإن التعويض لن يشمل الأضرار الناتجة عن حرمان الطفل من نسبه لأبيه لعدم وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر . إذ أن هذا الضرر ناتج عن إنكار الزوج نسب الولد . وأما أن نقول بأن الخطأ يتمثل في الإقرار الكاذب بالنسب من الزوج أو العشيق ، وفي هذه الفرض يشمل التعويض أضرار حرمان الولد من نسبه لأبيه لوجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر (الإقرار الكاذب وحرمان الطفل من أبوته) .

---

(١) وقد أدان القضاء الفرنسي من طالب بإلغاء الإقرار بعد إقراره بنسب الولد إقراراً كاذباً ، راجع :

- Civ., 1er, 21 Juill. 1987, D. 1988, p. 225, note Mussip.
- Versailles, 20 mai 1985, D. 1987, semm., p. 318.
- T. G. I. paris, 27 oct. et 9 déc. 1980, D. 1981, I. R., p. 300.
- civ., 2e, 12 fév. 1960, J. C. P., 1960, 2, 11689, note R. Savatier.
- D. H. Weiller, note au D.S. 1988, p. 188.

(٢)

- J. R. Devichi, obs. au Rév. trim. dr. civ. 1987, p. 728.
- J. Carbonnier, op. cit., p. 359.

(٣)

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٣١) والواقع أن الاختلاف بين الرأيين السابقين ليس نظرياً ، بل تترتب عليه نتائج هامة من الناحية العملية هي :

أ ـ أن ا لطفل لا يستحق تعويضاً ، في منطق الرأي الثاني ، إلا إذ أنكر الزوج نسب الولد إليه أو رجع العشيق عن إقراره بنسب الولد[١] . فالخطأ يتمثل في الإقرار الكاذب بالنسب على غير الحقيقة . أما إذا لم يُنكر الزوج نسب الولد ، ولم يعدل العشيق عن إقراره بالنسب فليس هناك ثمة خطأ ، ومن ثم ليس هناك أي مجال للتعويض . أما القول بأن الخطأ يتمثل في اللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة الغير فيؤدي ـ في منطق الرأي الأول ـ إلى استحقاق الطفل للتعويض سواء أنكر الزوج النسب أو لم يُنكره ، وسواء رجع العشيق عن إقراره أم لم يرجع . فالخطأ يتحقق بمجرد اللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة الغير دون انتظار لموقف الزوج أو العشيق من نسب الولد . وكل ما في الأمر أن موقف الزوج الذي يُنكر النسب أو العشيق الذي يعدل عن إقراره أكثر سوءاً . وهو أمر يتعلق بمدى التعويض نظراً لجسامة الضرر ، دون أدنى علاقة بوجود الخطأ في ذاته .

ب ـ أن الأم لا يحق لها المطالبة بالتعويض في منطق الرأي الأول . ويرجع ذلك إلى سبب بسيط ، ومُقنع ، هو أنها شريكة في الخطأ . فاللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة الغير قد تم بناء على الإتفاق المُبرم بينها هي وزوجها أو عشيقها والطبيب . ومن ثم فليس لها أن تطالب عشيقها عن الضرر الذي أصابها لأنها ـ كما تقول محكمة استئناف تولوز ـ مسؤولة هي وصديقها عن الوضع . فالأم قد أصابها ـ دون شك ـ ضرر من جراء رجوع صديقها عن إقراره بالنسب . إذ أنها أصبحت أم لولد دون أب . لكن أليست هي المسؤولة عن هذا الضرر؟ فاللجوء إلى التلقيح الصناعي بواسطة الغير ـ وهو أصل الضرر ـ قد تم بموافقتها إن لم يكن بمبادرتها . وهو يعني في الوقت

---

(١) قرب:
- Civ. 1ee, 12 Juill. 1987, D. 1987, I. R., p. 186.
- Civ., 1er ur, 4 mars 1981, D. 1982, I. R., p. 36.
- - T. G. I. Paris, 27 oct et 9 déc., préc.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ذاته ، وبالضرورة ، حرمان الولد من نسبه لأبيه الحقيقي صاحب النطفة . إذ سيبقى هذا الأخير مجهولاً إلى الأبد .

أما القول بأن الخطأ يتمثل في إنكار الزوج نسب الولد ، أو رجوع الصديق عن إقراره للنسب ، فيؤدي إلى استحقاقها للتعويض عن الأضرار التي أصابتها . وهي كونها أصبحت أم لولد دون أب ، حتى ولو كان أباً غير حقيقي . فإنكار النسب أو الرجوع في الإقرار يعني أن الزوج ، أو الصديق ، قد ارتكب خطأ مزدوجاً: في مواجهة الزوجة لجعلها تعتقد ـ بحق ـ أنه لن يُقدم على ممارسة حقه في إنكار النسب ، وفي مواجهة الولد لحرمانه من وضعه الطبيعي[1] . وهو ما ذهبت إليه محكمة تولوز الابتدائية على أساس أن الرجوع عن الإقرار يعني أن المقر قد خالف الالتزامات الضمنية التي تترتب على إعلانه إقرار النسب وموافقته على التلقيح .

(١٣٢) ولنا على الخلاف السابق بعض الملاحظات:

أ ـ أن القول بأن الخطأ يتمثل في الإقرار الكاذب لرجوع المُقر عن إقراره هو قول غير صحيح . فالرجوع أو العدول عن الإقرار هو حق قرره القانون الفرنسي صراحة للمقر . فالمادة ٣١١ ـ ٩ مدني لا تُجيز النزول عن الدعاوى المتعلقة بالنسب ، كما أن المادة ٣٣٩ مدني تقرر أن الإقرار يمكن الإعتراض عليه حتى من المُقر نفسه خلال عشر سنوات من تاريخ الإقرار . والمسلم بغير خلاف أن من يُمارس حقاً خوله له القانون لا يرتكب خطأ . ولا تنعقد مسؤوليته ـ في اعتقادنا ـ إلا أساس التعسف في استعمال الحق . فإذا كان الاعتراض على الإقرار حقاً ، فإن ممارسته تتقيد بعدم التعسف في استعماله . وفي هذا الصدد تنص المادة ٣٠ مدني كويتي على أنه: « يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية . وبوجه خاص: أ ـ إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه

---

(١) - J. Carbonnier, op. cit., n°110.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

غير مشروعه. ب ـ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ج ـ إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. د ـ إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف »[1].

ولا ريب أن بعض هذه المعايير تنطبق على إنكار النسب أو المعارضة في الإقرار. فقد لا يُقصد به سوى الإضرار بالأم خصوصاً إذا كان نتيجة خلافات شخصية وأسرية بينها. كما أن الأضرار الناتجة عنه التي تلحق بالولد هي أضرار ـ دون شك ـ جسيمة قد لا تتناسب ـ في كثير من الحالات ـ مع المصلحة التي تعود على الزوج من وراء إنكار النسب، أو على الصديق من وراء اعتراضه على الإقرار. بل إن الضرر الذي يلحق بالولد قد يكون في حد ذاته ضرراً فاحشاً غير مألوف، وهو حرمانه من نسبه لأبيه. خصوصاً في ظل الإنجاب الصناعي بتدخل من الغير حيث يظل الأب الحقيقي مجهولاً، والأب « الاجتماعي » قد أنكر نسب الولد له.

ب ـ أن القول بأن مجرد استدعاء طفل إلى الحياة ليس، في حد ذاته، خطأ هو قول صحيح إذا كانت ولادة الطفل في ظروف طبيعية، أي في أحضان أسرة شرعية مستقرة. أما إذا كان إنجاب الطفل قد حدث في ظروف غير طبيعية، فإن استدعاءه يكون محل نظر. ويكفي دليلاً على ذلك أن المولود لن يُنسب ـ بأي حال من الأحوال ـ لأبيه الحقيقي الذي سيظل مجهولاً إلى الأبد. وقد يُنسب لأب « وهمي » لا تربطه به أي علاقة بيولوجية، وقد يظل مدى الحياة دون أب. في مثل هذه الظروف فإن اللجوء إلى التلقيح الصناعي بتدخل من الغير يُعتبر خطأ. فمثل هذا التصرف هو انحراف عن السلوك الواجب أو المعتاد. والرغبة في الولد لا تكون، ويجب ألا تكون، بأي ثمن. خصوصاً أن الثمن ـ هنا ـ سيدفعه الطفل المسكين الذي لا يملك ضراً ولا نفعاً. وهي ـ أي الرغبة في الولد ـ ليست مطلقة، بل تتقيد بالقيود

---

(١) قرب وقارن المادة الخامسة مدني مصري.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المعتادة والتي تعارف الناس عليها شرعاً وقانوناً . ومن هذه القيود نسبة المولود لأبيه الحقيقي .

كما أن الضرر الذي يترتب على اللجوء إلى التلقيح الصناعي ليس مجرد مَوْلد الطفل ، وإنما ولادته محروماً ـ من اللحظة الأولى ، من أبيه الحقيقي ، وبقاء مصيره ـ من حيث نسبه لأبيه ـ مهدداً مدة طويلة قد تطول إلى عشر سنوات .

ج ـ إذا كان مجرد اللجوء إلى التلقيح الصناعي بتدخل من الغير يُعتبر خطأ ، فإن إنكار النسب أو الاعتراض على الإقرار به يعتبر أيضاً ـ في رأينا ـ تعسفاً في استعمال الحق في كثير من الحالات إذا توافرت ، بداهة ، شروط التعسف في استعمال الحق . فإذا اقتصر الأمر على مجرد اللجوء إلى التلقيح دون إنكار للنسب أو الاعتراض عليه ، جاز للولد أن يطالب أطراف الاتفاق على التلقيح بالتعويض: الزوج أو الصديق ، الطبيب ، والأم أيضاً . وهي صورة من صور تعدد الفاعلين أو المسؤولين الذين يلتزمون بالتضامن في مواجهة المضرور[1] . وليس للأم أن تطالب بالتعويض في هذا الفرض لأنها مسؤولة عن تحقق الضرر مع الآخرين .

أما إذا أنكر الزوج النسب أو اعترض الصديق على الإقرار ، وكان في ذلك متعسفاً في استعمال حقه ، كان للأم أيضاً أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء الإنكار أو الإعتراض . كما أن هذا الإنكار ـ أو الإعتراض ـ من شأنه أن يُزيد موقف الزوج ـ أو الصديق ـ سوءاً لمساهمته في جسامة الضرر الذي يُصيب الولد .

وهكذا تنعقد مسؤولية الزوج ، أو الصديق ، أمام الولد على أساسين مختلفين: مسؤولية على أساس الخطأ التقصيري (اللجوء إلى التلقيح الصناعي) ومسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق (إنكار النسب

---

(١) مادة ٢٢٨ مدني كويتي ، مادة ١٦٩ مدني مصري .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أو الإعتراض على الإقرار) . والخطأ هنا مُختلف عن الخطأ هناك: فهو في المسؤولية التقصيرية مجرد اللجوء إلى التلقيح الصناعي ، وهو في المسؤولية على أساس التعسف إنكار النسب أو الإعتراض على الإقرار . كما أن الضرر ـ أيضاً ـ مختلف في الحالتين: فهو ، في المسؤولية التقصيرية ، حرمان الولد من نسبه لأبيه الحقيقي ، وفي المسؤولية على أساس التعسف هو حرمان من نسبه لأي أب حتى ولو كان « وهمياً » . ويلاحظ أن مشكلة الخيرة بين المسؤوليتين لا تثور هنا . لأن الخيرة تفترض أن فعل أو واقعة ترتب عليها الإخلال ـ في الوقت نفسه ـ بالتزام قانوني والتزام عقدي[1] . فالخيرة تفترض صدور فعل واحد من المسؤول ترتب عليه انعقاد مسئوليته على أساسين مختلفين ، بينما الفرض ـ هنا ـ أن المسؤول قد صدر منه فعلين مستقلين تماماً ، يُعتبر كل منهما خطأ مستقلاً عن الآخر .

٢ ـ حق الأم:

(١٣٣) يحسن أن تفرق ، بالنسبة للأم ، بين حقها في التعويض في مواجهة الطبيب من ناحية ، وفي مواجهة الزوج أو الصديق من ناحية أخرى .

أ ـ في مواجهة الطبيب:

(١٣٤) حينما طالبت الأم عشيقها بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها ، لم تكتف محكمة استئناف تولوز برفض الطلب ، وإنما نصحتها (ضمنياً) أن تبحث عن مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح . فما هو أساس مسؤولية الطبيب على فرض ملاحقته بالتعويض من قبل الأم؟ بعبارة أخرى ما هو الخطأ الذي ارتكبه والذي يُبرر مساءلته ، على فرض أن الضرر

---

(١) راجع في الخيرة بوجه عام بحثنا بعنوان الطبيعة القانونية للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، دراسة خاصة حول مسألة الخيرة ، من القانون المصري والكويتي والفرنسي ، مجلة المحامي الكويتية ، السنة الحادية عشرة ، يوليو وأغسطس وسبتمبر ١٩٨٨ ، خصوصاً ص ٣٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يتمثل في ولادة الطفل دون نسبه لأب حقيقي ، وفقده لنسبه لأبيه « الاجتماعي »؟ .

يرى البعض[١] بأنه على فرض أن الطبيب قد ارتكب خطأ في موافقته على إجراء عملية التلقيح الصناعي بتدخل من الغير ، فمن الصعوبة اعتبار هذا الخطأ هو السبب في الضرر الذي لحق بالولد ـ والمتمثل في فقده لنسبه لجهة الأب . ومن يُقدم على إجراء التلقيح الصناعي بتدخل من الغير يعلم ، بالضرورة ، أن الأب الحقيقي للمولود سيظل مجهولاً إلى الأبد ، لكنه ليس مسؤولاً عن اختفاء الأب « القانوني » الذي أنكر النسب أو اعترض على الإقرار . ومن ثم ، فهو ليس مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب الأم المتمثل في كونها أماً لولد دون أب .

والحقيقة ـ في نظرنا ـ أن هذا الرأي محل نظر . من ناحية لأن الطبيب قد ا رتكب ـ دون شك ـ خطأ . ويتمثل خطؤه ـ هنا ـ في موافقته على ممارسة نشاط غير مشروع[٢] . خصوصاً أن الطبيب يقع عليه ، حسب مقتضيات مهنته ، واجب النصح والإرشاد تجاه مرضاه . فمهنة الطب تحكمها قواعد وأصول لعل من أهمها أن يقتصر على ممارسة الأنشطة المشروعة[٣] . ومن ناحية أخرى ، فإن الخطأ لا يتمثل فقط في الإقرار الكاذب بالنسب وإنما أيضاً في اللجوء إلى التلقيح الصناعي بتدخل الغير . وإذا كانت الأم ، كالطبيب ، مسؤولة هي الأخرى عن إحداث الضرر ، إلا أن خطأ الطبيب أكثر جسامة وخطورة من خطأ الزوجين أو الصديقين . بل إن خطأ الزوجين (أو

---

(١) - D. H. Weiller, note préc., p. 188.

(٢) - A. Sériaux, art. préc., n° 26, p. 206.

وهو ذات السبب الذي تقرر من أجله ، في فرنسا حل جميع مراكز وجمعيات « الأمهات الحاملات » Méres porteuse ، راجع حكم محكمة استراسبورج الصادر في :

- 17 Juin 1986, D. 1986, p. 304, note plouvin; J. C. P., 1987, 2, 20719.

(٣) - M. Harichaux, L'obligation du médecin de respecter les données de la sciences, J. C. P., 1978, 1, 3306.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الصديقين) ما هو إلا نتيجة لخطأ الطبيب . فالطبيب يلتزم بنصح المريض وإرشاده ، فإذا ما أخطأ في النصحية ، وترتب على ذلك أن أخطأ المريض في اتباع النصحية فيصاب بضرر ، فيكون لدينا سببان لإحداث الضرر: المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . لكن أحد السببين هو الذي أدى إلى وقوع السبب الآخر ، فكان الأخير نتيجة للأول . ويترتب على ذلك أن المشورة **تستغرق التنفيذ** ، وتُصبح هي وحدها الخطأ الذي نقف عنده ، وتتحقق ـ من ثم ـ مسؤولية الطبيب **وحده مسؤولية** كاملة .

لكن ما هو الضرر الذي يصيب الأم في هذا الفرض؟ يوجد ـ بداءة ـ حرمانها من نسب ابنها لأبيه الحقيقي (صاحب النطفة) الذي يظل مجهولاً إلى الأبد . أما الضرر الناتج عن إنكار النسب أو الإعتراض على الإقرار ، وهو كونها أماً لولد دون أب حقيقي أو قانوني ، فلا يُسأل عنه الطبيب لإنقطاع رابطة السببية بين هذا الضرر والخطأ الذي ارتكبه (ممارسة نشاط غير مشروع) . وقد يُقال بمسؤولية الطبيب عن هذه الأضرار أيضاً باعتبارها أضراراً متوقعة ، أي أضراراً تعاقبت نتيجة لخطئه فصارت أضراراً متعددة . وقد يُعزز هذا القول أن الطبيب كان يجب عليه أن يتوقع إنكار نسب الولد ، وصيرورته ـ من ثم ـ دون أب ، وصيرورة الأم « أماً » لولد دون أب . لكن هذا القول غير دقيق من الناحية القانونية . فتعاقب الأضرار وتعددها يفترض أن سبب هذه الأضرار واحد غير متعدد ، بينما الفرض ـ في التلقيح الصناعي ـ أن الضرر المتمثل في كون الأم قد أصبحت أماً لولد دون أب حقيقي أو قانوني لم ينتج عن خطأ الطبيب ، وإنما عن خطأ آخر هو إنكار النسب أو الإعتراض على الإقرار . ومن ثم ، فتعدد الأضرار ناتج إذن عن أسباب متعددة وليس عن سبب واحد . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز ـ قانوناً ـ مساءلة الطبيب عن كافة الأضرار باعتبارها أضراراً متوقعة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ب ـ في مواجهة الزوج أو الصديق

(١٣٥) انتهينا إلى أن الزوج ، أو الصديق ، قد يرتكب خطأين في حالة التلقيح الصناعي بتدخل من الغير: اللجوء إلى التلقيح وهو خطأ يقع فيه كل من الزوج ، أو الصديق ، الزوجة ، والطبيب ، وإنكار النسب أو الإعتراض عليه وهو خطأ يقع فيه الزوج أو الصديق حسب الأحوال . ومن ذلك يتضح أن الزوج ، وكذلك الصديق ، يرتكب خطأين كل منهما مستقل عن الآخر .

وقد طالبت الزوجة بالفعل عشيقها بتعويض عن الأضرار التي أصابتها والمتمثل في كونها أصبحت أماً لولد دون أب يرعاه ويُنفق عليه . وقد أجابت محكمة الدرجة الأولى في مدينة تولوز الفرنسية الأم إلى طلبها على أساس أن العشيق قد ارتكب خطأ يتمثل في إخلاله بالتزاماته الضمنية التي يتضمنها إقراره بالنسب وموافقته على التلقيح . ومن هنا يتضح بجلاء أن المحكمة قد أدانت العشيق على خطئه الثاني والذي يتمثل ، كما رأينا ، في اعتراضه على الإقرار بالنسب . لكن محكمة الاستئناف رفضت أن تسير في طريق قاضي الدرجة الأولى ، وبرأت العشيق من التزامه بتعويض الأم على أساس أنها مسؤولة مثل العشيق تماماً عن وضعها الحالي . وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد استندت ، على عكس محكمة الدرجة الأولى ، على خطأ العشيق الأول وهو لجوؤه ـ مع الآخرين ـ إلى التلقيح الصناعي بواسطة الغير . وهو خطأ لم يقع فيه العشيق وحده ، بل وقع فيه أيضاً الزوجة نفسها التي تطالب بالتعويض .

والحقيقة أن حكم محكمة الاستئناف ـ في هذا الخصوص ـ محل نظر من ناحية ، لأنه أهمل تماماً خطأ العشيق باعتراضه على إقرار النسب والذي أدى إلى حرمان الولد من نسبه لأبيه الحقيقي أو القانوني ، وكون الزوجة أصبحت أماً لولد دون أب كلية . وهو خطأ كافي تماماً لإدانة العشيق وإلزامه بالتعويض . ومن ناحية أخرى ، حتى على فرض أن محكمة الاستئناف لم تجد في اعتراض العشيق على النسب خطأ يوجب مسؤوليته لعدم تعسفه

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

في استعمال حقه ، فإنها قد أخطأت في تطبيق أحكام الخطأ المشترك الصادر عن كل من العشيق (المسؤول) والزوجة (المجني عليها أو المضرورة) . فالخطأ قد ترتب عليه ضرر للأم ، وهي إذا كانت قد ساهمت في وقوعه ، فلا يعني ذلك إعفاء المخطىء من المسؤولية كلية ، وإنما توزيع الأضرار عليهما معاً . ومن ثم لا يُعفى العشيق من التعويض إلا بالقدر الذي يتناسب مع مساهمة الزوجة (الأم) في إحداث الضرر . والأصل في هذا الفرض ، أن المسؤولية تكون بالتساوي بينهما ، ويكون المدعى عليه (العشيق) مسؤولاً عن نصف الضرر ، ويتحمل المضرور (الأم) النصف الآخر ، فلا يرجع على المدعى عليه إلا بنصف الضرر . وفي هذا تنص المادة ٢٩٤ مدني كويتي على أنه : « إذا اشترك خطأ الدائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر دون أن يستغرق أحد الخطأين الآخر ، حكمت المحكمة بإنقاص التعويض بما يقابل خطأ الدائن »[١] .

وقد استثنى النص من الحكم الذي قرره حالة ما إذا استغرق أحد الخطأين الآخر . إذ في هذه الحالة لا يكون للخطأ المستغرْق أي أثر على مقدار التعويض . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور ، كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة . وعلى العكس ، إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه ، فلا مسؤولية على هذا الأخير لانعدام مرابطة السببية .

فهل يمكن القول ـ في الفرض الذي نحن بصدده ـ أن خطأ المضرور (الأم) قد استغرق خطأ المدعى عليه (العشيق)؟ يرى البعض[٢] أن رضاء المضرور بما وقع عليه من ضرر قد يُعتبر ـ في بعض الحالات ـ خطأ يستغرق خطأ المدعى عليه . ولا ريب في أن الزوجة حينما أقدمت على التلقيح الصناعي بتدخل الغير كانت تعلم جيداً أن الطفل سيولد دون أب حقيقي

---

(١) في ذات المعنى ، المادة ٢١٦ مدني مصري .

(٢) السنهوري ، الوسيط ، الجزء الأول ، ص ١٠٠٤ ، رقم ٥٩٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يُنسب إليه . وهو ضرر علمت به الزوجة من البداية ورضيت به . والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ. ولكن قد يُعتبر رضاء المضرور بالضرر خطأ منه. وفي هذه الحالة يُخفف هذا الخطأ من مسؤولية المدعى عليه . بل وقد يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . وهنا تنتفي مسؤولية المدعى عليه لإنعدام رابطة السببية .

ويبدو من وقائع الدعوى المعروضة أمام محكمة الاستئناف أن رضاء الزوجة بالتلقيح ، وسلوكها بعد ذلك كان له تأثير سلبي على وضع الزوجة . فالزوجة كانت مطلقة ، وبعد طلاقها عاشت دون زواج مع رجل آخر الذي اتفق معها على اللجوء إلى التلقيح الصناعي بنطفة رجل مجهول مع إقراره بنسب المولود له . لكن يبدو أن الأمور عادت إلى مجاريها مرة أخرى بين الأم وزوجها السابق (العشيق الجديد !) . ومن ثم ، بادرت إلى مطالبة عشيقها السابق بالإعتراض على إقراره لنسب الطفل ، وكان لها ما أرادت على أمل أن يعترف العشيق الجديد (الزوج السابق) بالولد بعد زواجه ثانية بها . لكن الزوج السابق (العشيق الجديد) وزوج المستقبل هجرها قبل أن ينفذ المشروع المتفق عليه . وهكذا لم تجد هذه الزوجة ، بعد أن فقدت كل شيء ، سوى مطالبة العشيق الأول بالتعويض عن اعتراضه على إقراره بنسب الولد . فهل اعتبرت محكمة الاستئناف أن رضاء الزوجة خطأ جسيماً يستغرق خطأ العشيق ، ومن ثم رفضت طلبها بالتعويض؟ .

ثالثاً: مسؤولية الأطراف:

١ ـ مسؤولية الطبيب:

(١٣٦) لن نعرض ـ هنا ـ بداهة لمسؤولية الطبيب بوجه عام ، وإنما سنقتصر على القواعد الخاصة بمسؤولية الطبيب في حالة إجراء عملية التلقيح الصناعي ، وعلى وجه الخصوص القواعد التي تُمثل الذتية الخاصة لمسؤولية الطبيب في هذا المجال .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإذا كان التلقيح الصناعي بين الزوجين لا يُثير سوى مسؤولية الطبيب الذي تولى إجراء عملية التلقيح فإن التلقيح الصناعي بتدخل الغير يُثير أيضاً مسؤولية « المركز » الذي تولى تقديم « النطفة » أو « البويضة » المستخدمة في التلقيح ، بالإضافة إلى مسؤولية الطبيب الذي قام بعملية التلقيح .

ونشير - في هذا الصدد - إلى أن مسؤولية الطبيب الذي يرتبط بعقد علاج هي مسؤولية عقدية **إلا في حالة ارتكاب الطبيب غشاً أو خطأ عمدياً**[1] . كما أن الطبيب لا يلتزم - في حالة التلقيح الصناعي - بتحقيق نتيجة ، وإنما ببذل العناية اللازمة لإنجاح عملية الإنجاب . فهو لا يلتزم - بداهة - بتحقيق الحمل ، بل فقط يبذل العناية الواجبة واليقظة المطلوبة لتحققه[2] والتي تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب .

أما المركز الذي يقوم بحفظ وجمع السائل المنوي فهو المسؤول عن « النطفة » أو « البويضة » التي يُقدمها لكل من الطبيب والزوجين الراغبين في الإنجاب الصناعي . ومسؤوليته - في هذا الصدد - تُشبه المسؤولية الطبية . ومن ثم فهو لا يلتزم بتحقيق نتيجة وإنما فقط ببذل عناية[3]: كما أن

---

(١) نقض مصري ، الدائرة المدنية ، ٢٦ يوليو ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام الفقه ، السنة ٢٠ ، ص ١٠٧٥ .

(٢) نقض مصري (الدائرة المدنية) ٣ يوليو ١٩٦٩ ، المجموعة السابقة ، السنة ٢٠ ، ص ١٠٩٤ .

(٣) - J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit., p. 57.
- R. Merger, L'insemination artificielle, J. C. P., 1957, 1, 1389.
- J. Panneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, thèse Paris, 1973.
- N. J. Mazen, L'insemination artificielle: une réalité ignorée par le législateur, J. C. P., 1978, 1, 2899, n° 30.
- Doll, Les recents applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recuellir son consentement éclairé, Gaz. pal., 1972, p. 429 ets.
- Y. Boyer, L'obligation de renseignement dans la formation du Contrat, thèse d'Aix - Marseilles, 1978.
- محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود: ١٩٨٠ ، ص ٩٨ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مسؤوليته ـ هنا ـ هي مسؤولية عقدية أيضاً .

ولا ريب في أن الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح يُسأل ، كغيره من الأطباء ، عن الأخطاء الفنية التي يرتكبها التي تصيب مرضاه بالضرر . كالإصابة بتسمم ناتج عن عدم تعقيم الأدوات المستخدمة في العلاج . أو مسؤوليته عن إفشاء أسرار مرضاه الذين ائتمنوه عليها وغير ذلك من الأخطاء .

أ ـ مسؤولية الطبيب عن تنوير رضاء الأطراف:

(١٣٧) رأينا أنه يُشترط لإمكانية اللجوء إلى الإنجاب الصناعي أن يوافق الزوجين على ذلك موافقة صريحة ، حرة ومستنيرة . ولا ريب في أن الطبيب يلعب دوراً هاماً في تنوير إرادة الزوجين الراغبين في الإنجاب الصناعي . إذ يلتزم الطبيب ـ في هذا الصدد ـ بالإدلاء بكافة المعلومات الضرورية للزوجين من كافة النواحي . سواء من حيث المخاطر التي تُحيط بالعملية ، وإمكانيات نجاحها ، وآثارها الصحية والنفسية بالنسبة لهما ، أو بالنسبة للمولود .

فالعقد الطبي الذي يجمع بين الطبيب والمريض يقوم ـ دون شك ـ على أساس اعتبارات الثقة الكاملة التي يضعها المريض في طبيبه . ونتيجة لهذه الثقة التي يجب أن تسود علاقة الطبيب بمرضاه ، فقد انعقد إجماع الفقه والقضاء[1] على أن الطبيب يلتزم قبل مريضه ، عند إبرام العقد ، بالإفضاء له بكافة المعلومات اللازمة لتنويره وتبصيره . وهو التزام يختلف تماماً عن التزام الطبيب ببذل العناية الواجبة أثناء قيامه بعلاج المريض . فالالتزام ببذل العناية اللازمة هو ـ كما سبق أن ذكرنا ـ التزام عقدي مصدره عقد العلاج ذاته ، أما الإلتزام بالإفضاء فهو التزام « سابق » على التعاقد ، يتوقف عليه قبول المريض العلاج ، ومن ثم إبرام العقد أم لا .

---

(١) - Cass. civ., 17 nov. 1969, Gaz. pal., 1970, 1, p.49.
- Cass. Civ., 14 fév. 1973, Gaz. pal. 1973, 2, p. 341, note Doff.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما نطاق هذا الإلتزام ، فيتوقف على تحديد الغرض منه . فالهدف من إلقاء مثل هذا الإلتزام على عاتق الطبيب هو إعطاء المريض فكرة معقولة - بصدق وأمانة - عن حقيقة الموقف والنتائج والمخاطر المتوقعة عادة . وهو أمر - دون شك - نسبي يختلف من حالة لأخرى ، ومن مريض لآخر .

ولذلك يلتزم الطبيب - في نطاق الإنجاب الصناعي - بتنوير وتبصير المريض بحقيقة الموقف بصدق وأمانة ، وبطريقة سهلة مفهومة . وعلى وجه الخصوص مدى إمكانية نجاح العملية ، والطرق الممكنة لعملها ، ونتائج وآثار كل منها حتى يستطيع الزوجين اختيار إحدى هذه الطرق وهما على بصيرة بظروفها وآثارها النفسية والاجتماعية والأخلاقية .

فإذا أخل الطبيب بالتزامه بالإفضاء ، وترتب على ذلك بعض الآثار الضارة للزوجين ، فإنه يُسأل عن ذلك ، وتكون مسؤوليته - حينئذ - مسؤولية تقصيرية ، وذلك بالرغم من نجاح عملية الإنجاب تماماً من الناحية الفنية . فنجاح العملية من الناحية الفنية لا يعني سوى أن الطبيب قد قام بتنفيذ التزامه ببذل العناية اللازمة . ذلك الإلتزام « العقدي » الناشىء عن العقد الذي يجمع كل من الطبيب من ناحية والزوجين من ناحية أخرى . لكنه لم يقم - على العكس - بتنفيذ التزامه بتنوير وتبصير الزوجين . وهو التزام « سابق » على العقد ، ومن ثم تكون مسؤولية الطبيب - هنا - مسؤولية تقصيرية .

لكن الطبيب لا يُسأل - بداهة - إلا عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تقصير الطبيب في قيامه بتنوير وتبصير الزوجين . إذ يجب - حتى يُسأل الطبيب - أن تتوافر علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر .

ب - مسؤولية الطبيب عن اختيار « النطفة » أو « البويضة » .

(١٣٨) يحتاج التلقيح الصناعي بتدخل « الغير » في بعض الحالات إلى الحصول « نطفة » مذكرة أو « بويضة » مؤنثة لاستخدامها في عملية التلقيح ، وأحياناً أخرى إلى فحص المرأة المرشحة « لحمل » البويضة الملقحة نيابة عن امرأة أخرى (صاحب البويضة غالباً) . وغالباً ما يتم

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الحصول على « النطفة » أو « البويضة » من أحد المراكز المتخصصة في جمع وحفظ السائل المنوي لاستخدامه عند الحاجة .

ويجب على الطبيب أن يُجري على البويضة ، بعد الحصول عليها من أحد المراكز المتخصصة ، كافة الاختبارات اللازمة لقياس مدى صلاحيتها ، وقدرتها على تحقيق الغرض المنشود . بل يجب عليه أيضاً أن يتأكد من خلوها من الأمراض الوراثية التي يمكن تنتقل إلى الطفل ، أو تسببها في بعض التشوهات أو أية آثار سلبية أخرى كالحالات العصبية والتخلفات العقلية . ومعيار خطأ الطبيب في هذا الفرض هو بحث مدى إمكانية تفادي هذه الأمراض والتشوهات ، أو على الأقل حصرها في الحدود الدنيا . فإذا ثبت أن الطبيب كان يستطيع بالفعل ، لو بذل في ذلك ما يجب بذله من عناية وتبصر ويقظة تتفق مع ما هو مستقر في علم الطب ، أن يُجنب الطفل الإصابة بمثل هذه الأمراض ، كان مخطئاً وحُقت عليه المسؤولية . لكنه يجب ـ من ناحية أخرى ـ أن تكون هذه الأضرار نتيجة مباشرة لتقصير وإهمال الطبيب .

ويستطيع الطفل ـ في هذا الفرض ـ أن يطالب الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب خطأ الطبيب وإهماله . كما يستطيع الأبوان أيضاً المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية التي تتمثل في النفقات الإضافية التي سيتحملونها من جراء ذلك[1] . بل وقد تسبب لهما أضراراً نفسية تتمثل في المعاناة والتأثر لرؤية الطفل في هذه الحالة الصعبة .

ج ـ مسؤولية الطبيب عن زرع البويضة الملقحة :

(١٣٩) ولعل أول صعوبة تواجه الطبيب ـ في هذا الصدد ـ هي معرفة ما إذا كان يجب زرع كافة البويضات الملقحة ، أم زرع بعضها فقط . ومصدر الصعوبة أن كلا الطريقين له مخاطرة التي يمكن أن تؤخذ على الطبيب . فزرع كافة البويضات الملقحة ، وإن كان يُزيد من فرض تحقق

---

(١) - J. L. Baudouin et C. L. Riou, op. cit, p. 58.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الحمل ، إلا أنه قد يؤدي إلى تعدد في الحمل (مكشلة التوائم) مما قد يؤثر على فرض ولادة الطفل حياً ، فضلاً عن تأثيره على صحته وحالته الجسمانية ، بل وعلى صحة الأم نفسها ، كما أن زرع بويضة واحدة فقط قد يؤثر ، بدرجة كبيرة ، على تحقق الحمل ، ومن ثم على ولادة الطفل . الأمر الذي يستدعي تكرار عملية الزرع مع ما يتطلبه ذلك من نفقات إضافية ، ومعاناة نفسية وجسمانية من قبل الزوجة ، بل والزوج أيضاً .

أما المشكلة الثانية فتتمثل في معرفة مدى التزام الطبيب من التأكد من « صحة » البويضة التي سيقوم بزرعها . وهل يلتزم الطبيب بفحص البويضة الملقحة قبل زرعها للتأكد من خلوها من الأمراض؟ لا ريب في أن الإنجاب الصناعي ـ كما رأينا ـ هو وسيلة للتغلب على العقم والحد من آثاره ، وليس وسيلة لتحسين النسل . لكن ليس معنى ذلك أن الطبيب يقوم بزرع البويضة الملقحة أياً كانت حالتها ، ومهما كانت النتائج التي قد تترتب على زرعها بالنسبة للمولود أو بالنسبة للأم . فقد رأينا أن التدخل العلاجي جائز ، بل وواجب في حالة ارتباط الطبيب مع المريض بعقد علاج . ويترتب على ذلك ، أن الطبيب يجب عليه أن يتخذ كافة الاحتياطات اللازمة للتأكد من حالة البويضة الملقحة التي يزمع زرعها . لكن فقط في الحدود التي تسمح بعلاج بعض أمراضها ، أو لمحاولة الحد من انتقال بعض الأمراض للطفل ، دون محاولة التحكم ـ من قريب أو من بعيد ـ في جنس الجنين أو صفاته أو شكلته .

د ـ شرط الإعفاء من المسئولية

(١٤٠) جرت عادة بعض المراكز المتخصصة في فرنسا ، ويسمى Centre d'´etudes et de Conservation du sperme humain[1] ، على إدراج شرط في الاتفاق المبرم مع راغبي التلقيح الصناعي مقتضاه إقرار

---

(١) واختصارها: C. E. C. O. E. S.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الموقع بأنه اتخذ قراره بناء على علم كامل بكافة الظروف والملابسات ، وبعد تنويره وتبصيره ، وأنه يُعفى الدكتور . . . والمركز من المسؤولية عن الآثار والنتائج الممكنة لعملية التلقيح[١] .

ويُسمى مثل هذا الشرط بشرط الإعفاء من المسؤولية . وهو الشرط الذي يتفق فيه مقدماً على أن عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه بطريقة معيبة من جانب المدين لا يكون سبباً في قيام مسؤولية المدين ، أو أن مسؤوليته تكون مسؤولية محدودة (مخففة)[٢] .

وقد نص القانون المدني الكويتي صراحة في المادة ٢٩٦ مدني على أنه: « ١ ـ يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، أو على التأخير في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم »[٣] ، فالقاعدة إذن هي جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها . ويُبرر ذلك على أساس أن المسؤولية العقدية منشؤها العقد ، وأن العقد وليد إرادة الطرفين . وإذا كانت الإرادة هي التي أنشأت هذه المسؤولية ، فإن لها أن تُعدلها في حدود القانون والنظام العام والآداب[٤] .

ويثور التساؤل ـ هنا ـ حول مدى إمكانية القول بصحة أو بطلان مثل هذه الشرط بالنسبة لمسؤولية الطبيب العقدية ، مع التسليم ببطلان كل شرط

---

(١) - Protocole du C. E. C. O. S. de Bicêtre

(٢) - Besserve, Quelques difficultés soulevées par le Contrat médicale, J. C. P., 1956, 1308, p. 139.
- P. Durant, Les Conventions d'irrespensabilités, thèse paris, 1932.
- G. Mémeteau, op. cit., p. 279 ets.
- Cass. Civ., 27 mars 1979, D. 1980, I. R., 167, note penneau.

(٣) في ذات المعنى ، المادة ٢١٧ مدني مصري .

(٤) السنهوري ، الوسيط ، جزءاً ، السابق ، ص ٧٥٦ ، فقرة رقم ٣٤٨ .
- Besserve, art. préc, p. 141.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل غير المشروع ، أي المسؤولية التقصيرية .

يمكن القول أن القاعدة العامة التي قررتها المادة ٢٩٦ مدني ترد عليها بعض القيود الهامة التي تحد كثيراً من نطاقها . أما عن القيد الأول فهو مستمد من نص المادة ٢٩٦ السابقة ذاته . حيث لا مجال لإعمال شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية إذا كان المدين قد أخل بالتزاماته العقدية غشاً (عمداً) ، أو بخطأ جسيم . في مثل هذا الفرض يبطل شرط الإعفاء أو التخفيف ، وتبقى مسؤولية المدين قائمة كما هي . فإذا كان إخلال المدين بالتزامه بخطأ عمدي كانت مسؤوليته تقصيرية ، أما إذا كان الإخلال بخطأ جسيم ، كانت مسؤوليته عقدية . ـ حسب رأي البعض ـ[1] أما القيد الثاني فهو مستمد من طبيعة العقد الذي يجمع بين الطبيب والمريض . فعقد العلاج عقد إذعان . والقاعدة التي قررتها المادة ٨١ مدني كويتي ، والمادة ١٤٩ مدني مصري هي أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وتضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يُعدل هذه الشروط ، أو يُعفى الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضيه العدالة . ونعتقد أن شرط إعفاء الطبيب من المسؤولية أو التخفيف منها هو شرط تعسفي يجب إبطاله . ويُبطل ـ في هذا الفرض ـ الشرط وحده ويبقى عقد العلاج قائماً صحيحاً ليحكم العلاقة بين طرفيه[2] .

أما القيد الثالث والأخير فهو مستمد من القواعد العامة . فشرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها يعني ـ عملاً ـ تنازل الدائن مقدماً عن الأضرار التي قد تُصيبه نتيجة إخلال المدين بالتزاماته الناشئة عن العقد . **وتقضي القواعد العامة** ـ هنا ـ بالتفرقة بين الأضرار التي تصيب الإنسان في جسمه ، والأضرار التي تُصيب الإنسان في ماله ، وإجازة التنازل عن الثانية فقط دون

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، جزءاً ، المرجع السابق ، ص ٧٦٠ ، هامش (١) ج .

(٢) إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها كان هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل ـ حينئذ ـ العقد كله ، وهو فرض نادر عملاً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الأولى . فمن المبادىء المستقرة قانوناً وعملاً ، والتي تتعلق بالنظام العام مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني[1] . ويترتب على هذا المبدأ ـ من الناحية القانونية ـ نتيجتين على قدر كبير من الأهمية : من ناحية لا يجوز «للغير» المساس بالجسم الإنساني ، ومن ناحية أخرى ، لا يجوز للشخص أن يتصرف في جسده . فالجسم الإنساني يخرج إذن عن دائرة التعامل ، سواء من حيث مساس الغير به ، أو من حيث تصرف الشخص في جسده . ولا ريب في أن شرط الإعفاء من المسؤولية يعني السماح للغير بالمساس بالجسم الإنساني ، وهو ما يتعارض ـ صراحة ـ مع مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني بالمعنى السابق . ولذلك يمكن القول ـ مع البعض[2] ـ بأن شرط « إعفاء الطبيب من المسؤولية هو شرط باطل لتعارضه مع النظام العام .

٢ ـ مسؤولية المتبرع بالنطفة أو البويضة

(١٤١) رأينا أن الإنجاب الصناعي قد يحدث ، عملاً ، بتدخل من الغير . وهذا « الغير » قد يكون الرجل الذي تبرع بنطفته ، أو المرأة التي تبرعت ببويضتها ، أو ـ أخيراً ـ المرأة التي تطوعت بحمل البويضة الملقحة لحساب امرأة أخرى .

والأصل ـ هنا ـ أن التبرع بالنطفه او البويضة لا يخلق علاقات قانونية مباشرة بين « المتبرع » والطفل . هذا فضلاً عن أن شخصية المتبرع يجب أن تبقى مجهولة بالنسبة لكافة الأطراف وإلى الأبد . فالتبرع يتم لصالح أحد

---

(١) راجع في هذا المبدأ بوجه عام :

- Dommages, Le Corps humain dans le Commerce juridique thèse paris, 1975.
- A. Mayrand, L'inviolabilité de la personne humaine, Montréal, 1975.
- G. Mémeteau, Le droit médical, Jurisprudence française, 4, Litéc, 1985.

(٢)

- Besserve, art. préc., p. 142.
- A. Weill et F. Terré, Droit Civil, Les obligation, 1975, p. 499 ets.
- Starck, obligation, préc., p. 638 ets.
- M. Chauveau, note au D. 1971, p. 373.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المراكز المتخصصة في هذا المجال ، ومن ثم فليس هناك علاقة مباشرة بين المتبرع والمستفيد .

لكن المتبرع يجب أن يكون على علم تام بالاستعمالات المحتملة للنطفة التي تبرع بها . ويجب احترام رغبته في الإعتراض على هذا الاستعمال أو ذاك . وبالمقابل ، فالمتبرع يجب أن يكون أميناً وصادقاً في الإدلاء بالمعلومات التي تتعلق بصحته ، ووضعه الأسرى ، والأمراض الوراثية في أسرته وغير ذلك من البيانات الهامة ، والتي تؤثر في اختيار النطفة الصالحة لإجراء عملية التلقيح .

ويترتب على ذلك ، أن المتبرع يُعتبر قد ارتكب خطأ إذا أخفى - وقت اختيار من يصلح للتبرع - مرضاً يُعاني منه ، أو بعض « الظواهر » الوراثية والتي يمكن أن تؤثر سلباً على طفل المستقبل . ويجب - بداهة - لإلقاء المسؤولية على عاتق المتبرع إثبات الخطأ من ناحية ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر من ناحية أخرى . وقد أجازت بعض المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية للطفل ، وكذلك لوالديه ، أن يطالب بتعويض الأضرار التي أصابته من جراء ولادته مشوهاً بسبب خطأ « الغير »[1] . وقد ذكرنا أن هذا « الغير » قد يكون المتبرع بالنطفة يستوي - بعد ذلك - أن يكون خطأ المتبرع قد صاحبه خطأ من الطبيب أم لا .

لكن هل تطبق القواعد السابقة على التبرع بالبويضة أيضاً؟ قد يبدو - على الأقل للوهلة الأولى - أن التبرع بالبويضة يختلف عن التبرع بالنطفة المذكرة . فالتبرع بالبويضة المؤنثة لا يمكن أن يتم - حالياً - إلا بتدخل طبي أو جراحي لسحب البويضة من الرحم . ومن ناحية أخرى، فالتبرع - هنا - لا يرد إلا على بويضة واحدة أو عدد محدود من البويضات، على عكس التبرع

---

(١) - M. Shau, The potential plaintiff, preconception and prenatal torts genetics and the law, 2, New York, 1980, p. 225 ets.

مشار إليه في بودوين وريو ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ، ٥٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بالنطفة المذكرة الذي يرد على عدد لا محدود . وأخيراً، فإن البويضة المؤنثة، وإن كانت تعتبر ـ كالنطفة المذكرة ـ من « نتاج » الإنسان المتجدد، إلا أنها غير قابلة للتجدد ـ على عكس النطفة المذكرة ـ إلى ما لا نهاية . وكل امرأة لا تملك سوى عدد محدد من البويضات .

لكن هذه الاعتبارات لا تُبرر ـ في اعتقادنا ـ خضوع التبرع بالبويضة المؤنثة لأحكام تختلف عن التبرع بالنطفة المذكرة . فيجب ـ هنا وهناك ـ أن يكون المتبرع على علم كامل بظروف وملابسات التبرع، وبالاستخدامات المحتملة للبويضة . كما يجب إحاطة المتبرع علماً بالمخاطر والنتائج المحتملة للتبرع، خصوصاً بالنسبة للقدرة المحدودة للمرأة على إفراز البويضات . وأخيراً، فإن إخفاء المرأة أو كتمانها لمعلومات مؤثرة يعتبر خطأ قد يكون سبباً لانعقاد المسؤولية على رأسها قبل الطفل أو والديه مثلها في ذلك مثل الرجل تماماً .

الغصن الثاني

البطلان

(١٤٢) لا ريب في أن اللجوء إلى الإنجاب الصناعي يقتضي ـ عملاً ـ إبرام بعض العقود بين الأطراف . فهناك العقد الذي يجمع الزوجين بالطبيب الذي سيتولى إجراء عملية التلقيح، وهناك العقد الذي يجمع بين الزوجين والمرأة « الحاملة »، وهناك التبرع بالنطفة أو البويضة . . . وهكذا . لكن هذه العقود، رغم ضرورتها عملاً، قد تبدو ـ في أكثر من ناحية ـ متعارضة مع بعض المبادىء القانونية المستقرة . مثال ذلك مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، وعدم جواز المساس بجسم الإنسان . ولذلك يتعين أن نعرض لمدى صحة مثل هذه العقود طبقاً للقواعد العامة .

ونظراً لأن القول ببطلان هذه العقود أو بعضها يتوقف، بالدرجة الأولى، على مدى تعارضها مع مبدأ « حرمة » جسم الإنسان، ومدى جواز التصرفات

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الواردة عليه، فإننا نرى أن نعرض - بداءة - لنطاق هذا المبدأ، سواء من حيث أعمال التصرف التي ترد على جسم الإنسان أو من حيث وضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير .

(١٤٣) يحتل « الإنسان » مكانة بارزة وهامة في علم القانون . ولا عجب في ذلك، إذ أن القانون ذاته لم يوجد إلا لتنظيم علاقات الإنسان بأخيه الإنسان، أو بغيره من الهيئات والمؤسسات . ولذلك كان « الإنسان » - منذ القدم - محور اهتمام فقهاء القانون من حيث بداية حياته ونهايتها، واكتسابه الشخصية القانونية، و« جوهر » الشخصية الإنسانية وغير ذلك من الموضوعات الهامة .

وقد استقر - منذ القدم - عدة مبادىء قانونية هامة تتعلق بالإنسان كشخص قانوني . ومن أهم هذه المبادىء مبدأ « حرمة الجسم الإنساني » L'inviolabilit´e du Corps humain[1] .

وقد انعكس هذا المبدأ على قواعد القانون من ناحيتين: عدم جواز المساس بجسم الإنسان من ناحية وعدم جواز التصرف فيه من ناحية أخرى . فعدم جواز المساس بجسم الإنسان وعدم جواز التصرف فيه هما إذن وجهين لعملة واحدة تتمثل في مبدأ حرمة الجسم الإنساني .

لكنه، أياً كان الخلاف هو المبدأ ذاته، وأساسه القانوني، فالمسلم دون

---

(١) راجع في ذلك:

- A. David, Structure de la personne humaine, thèse paris, 1924.
- L. Jasserand, La personne humaine dans le Commerce Juridique, D. H., 1932, chron., p. 1 ets.
- F. chabes, le Corps humain et le droit, Dalloz, 1977.
- P. Kayser, Les droits de la personnalité, actes théoriques et pratiques, Rev. trim. dr. civ, 1971, p. 445 ets.
- H. Chahine, essai d'une nouvelle classification des droits privés, Rev. trim. dr. civ., 1982, p. 705 ets.
- Terre, L'enfant de l'esclave, préc., p. 116 ets

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

خلاف[1] أن هذا المبدأ ـ في شقّيه ـ ليس مطلقاً . ويكفي للتحقق من ذلك إلقاء نظرة على الواقع العملي والقانوني معاً . فالتطورات العلمية الحديثة قد أدانت بشكل قاطع التصور المطلق لمبدأ « حرمة » جسم الإنسان، إن لم يكن المبدأ ذاته . ويكاد ينعقد الإجماع على أن هذا المبدأ ترد عليه عدة استثناءات هامة في وجهيه معاً سواء لصالح القانون ذاته، أو لصالح العدالة، أو الصحة العامة، أو الحقيقة، أو العلاج، أو التضامن، أو لصالح الإنسان نفسه[2] . والحقيقة أن أهمية هذه الاستثناءات، وتزايدها باستمرار[3]، يجعلنا نتساءل: هل الأمر يتعلق ـ حقيقة ـ ببعض الاستثناءات، أم هو ـ في الواقع ـ عدول عن المبدأ ذاته؟! .

لكن ذلك لا يعني ـ في اعتقادنا ـ أن جسم الإنسان أصبح ـ الآن ـ مجرد شيء يمكن التصرف فيه كما نشاء طبقاً للقواعد العامة للقانون . فالقانون يحاول التوفيق بين مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني من ناحية، والممارسات العملية النافعة من ناحية أخرى . وإذا كان هذا هو الطريق الصعب، إلا أنه هو ـ من نظرنا ـ الطريق الصحيح . فالمبدأ في حد ذاته لا غنى عنه، كما أن الاستثناءات التي أحدثتها التطورات العلمية والطبية بل والاقتصادية أصبحت ـ الآن ـ لا رجعة فيها، بل إنها تتزايد باستمرار مع التقدم الملموس في العلوم الطبية .

---

(١) M. Harichaux, Le corps objet, in Bioéthique et Droit, préc., p. 131.

- J. Robert, Le droit à la vie et le Commencement de la vie, éd. Y. Blais, 1986.
- Decocq, essai d'une théorie générale sur la personne, L. G. D. J., 1960, n° 14 ets.
- Nerson, L'influence de la biologie et de la medcine moderne sur le droit civil, Rev. trim. dr. civ., 1970, p. 660.
- Mayrand, L'invialabilité de la personne humaine, 1975, n° 6.

(٢) - Malinvaud, Introduction à l'étude du Droit, éd. Litéc, 1986, n° 119.
h. Eldine, les prélèvement d'organe, Commentaire de la loi de 22 déc. 1976. Rev. trim. dr. san. et Doc., 1978, p. 445.

(٣) مثال ذلك قانون ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٧٦ الذي ينظم زراعة الأعضاء في فرنسا، والمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧ في شأن زراعة الأعضاء في القانون الكويتي.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٤٤) والحقيقة - في اعتقادنا - أنه يجب، حتى يمكن تحديد نطاق هذه الاستثناءات بدقة، أن نفرق بين أعمال التصرف التي ترد على جسم الانسان، ووضع جسم الانسان تحت تصرف الغير.

أولا: أعمال التصرف التي يمكن أن ترد على جسم الانسان:

(١٤٥) لايكفي أن نقرر ان مبدأ «حرمة» الجسم الانساني ترد عليه - قانونا وعملا - بعض الاستثناءات، وانما يجب أن نحدد نطاق هذه الاستثناءات. ولانقصد - من وراء ذلك - حصر هذه الاستثناءات. فالحصر، فضلا عن استحالة ذلك من الناحية العملية، لن يفيد شيئا امام التطورات العلمية والطبية الهائلة التي يشهدها العالم في العقدين الاخيرين من هذا القرن. وانما نريد - فقط وضع بعض الضوابط التي اذا ما توافرت أمكن القول بوجه عام بجواز اجراء التصرف على جسم الانسان.

وقبل ان نعرض لهذه الضوابط أو الشروط، يجب أن نحدد بداءة طبيعة سلطات الانسان على جسده.

١ - طبيعة سلطات الانسان على جسمه:

(١٤٦) يتمتع كل انسان بسلطات معينة على جسده، فما هي الطبيعة القانونية لهذه السلطات؟ وهل هي حق أم مجرد رخصة؟ واذا كانت حقا، فما هي طبيعة مثل هذه الحق؟ وهل هو حق عيني أم حق شخصي أم حق ذو طبيعة خاصة؟ تتوقف الاجابة على هذه التساؤلات على تحديد فكرة الحق ذاتها والفارق بينها وبين الرخصة.

أسالت فكرة الحق، منذ القدم، كثيرا من حبر الأقلام ومازالت - مع ذلك - يكتنفها الغموض[1]. والحقيقة ان الفضل في تعريف الحق بوضوح يرجع الى

---

(١) - M. Nouaros, l'évolution récénte de la notion de droit subjectif, Rev. trim. de. Civ, 1966, P.216 et s.

- P. Coulombel, Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering, Rev. trim. dr. Civ. 1957, p.609 et s.

- J. Dabin, le droit subjectif , Dalloz, 1952.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفقيه الالماني Savigny[1] واليه يرجع الفضل في تحديد العناصر الرئيسية للحق بوجه عام.

فالحق، طبقا لسافيني، عبارة عن سلطة يقرها القانون لشخص بهدف منحه نطاقا تسود فيه ارادته استقلالا عن ارادة الاخرين. وقد استبقى معظم الفقهاء[2] من هذا التعريف، رغم انتقاده ـ عنصره الجوهري وهو السلطة.

وبدون الدخول في تفاصيل لافائدة من التعرف لها، يمكننا القول بان الحق سلطة ذات محتوى محدد يستأثر بها وحده دون غيره، بهدف حماية مصالح ذات صفة اجتماعية، قد تكون مصالح مادية، وقد تكون مصالح أدبية.

والذي يميز فكرة الحق، طبقا لهذا التعريف، هو استئثار شخص بسلطة معينة دون غيره. ومن ثم، فالحق يفترض وجود نوع من عدم المساواة بين الأفراد، لكنها عدم مساواة مشروعة. وهذا العنصر هو ـ على وجه التحديد ـ الذي يسمح بالتمييز بين الحق من ناحية والرخصة أو الحرية من ناحية أخرى. فالرخصة، وان كانت كالحق سلطة، إلا أنها تختلف عنه من ناحيتين: فهي من ناحية ـ سلطة ليس لها محتوى أو مضمون محدد [3]، كما أنها ـ من ناحية ثانية ـ تمنح للكافة بالتساوي دون أن يستأثر بها أحد دون آخر. مثال ذلك حرية أو رخصة التعاقد. فهي تسمح دون تمييز ـ لأي شخص بابرام عقد بيع أو إيجار أو وديعة.. وهكذا. أما الحق فهو ـ على العكس ـ يخول صاحبه دون غيره سلطة محددة المحتوي. فالمالك ـ مثلا ـ له سلطة استعمال الشيء محل حق الملكية، واستغلاله والتصرف فيه.

---

(١) - Traité de droit romain, traduction Guenor, 1840, T. 1, P. 326 et s.

(٢) - G. Ripert et J. Boulanger, traité de droit civil T. 1, 1956, no 4 et s.
- Marty et Raynaud, Droit Civil, T. 1, no 139.
- H.L et J. Mazeaud, Leçons de droit Civil, T. 1, 4é éd, 1967, no 155.
- J. Catbonnier, Droit Civil, T. 1, 8é. éd. P. 145.

(٣) - P.Kayser, art. préc. no 7, P. 454
- J.L. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz, 1985, no 28 et S.
- J. Ghestin et G. Gouboux, Op. Cit, no 162 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٤٧) في ضوء هذه التفرقة بين الحق والرخصة، ما هي اذن طبيعة سلطة الشخص على جسمه؟

أ ـ الرأي الأول: انصار نظرية «الحق»
(سلطة الانسان على جسده حق).

بناء على التعريف السابق للحق عموما واعتباره سلطة ذات محتوى محدد يستأثر بها شخص دون غيرها، رأي البعض[١] أن سلطة الانسان على جسمه هي حق بالمعنى السابق. فالشخص هو الذي يستعمل ـ دون غيره ـ بعض السلطات على جسده، ولا يشاركه في ممارساتها احد غيره. وقد يقوم الشخص ـ بما له من حق على جسده ـ ببعض الأعمال المادية أو ببعض التصرفات القانونية[٢].

لكن سلطة الشخص على جسده، وان كانت في نظـر هذا الفريق حقا، الا أنها ليست حقا عينيا، كما أنها ليست حقا شخصيا، وانما حق من حقوق الشخصية droits de la personallite مثله في ذلك مثل الحق في الاسم، والحق في حماية الحياة الخاصة. وهكذا، واذا كان حق الشخص على جسمه ليس حقا عينيا بالمعنى الدقيق، الا انه يقترب منه ويتشابه معه، اي ـ بعبارة اخرى ـ يماثله[٣] Ci est un droit complarable aux droits reels، فالجسد يعتبر شيئا ماديا، ومن ثم فان حق الانسان على جسده هو حق ملكية[٤].

---

(١) - P.Kayser, art. preć. no 78 et s.

(٢) - R. Dierkens, les droits sur le Corps et le cadavre de l'homme, 1966, no 34 et s.

(٣) - P.Kayser, art, preć, no 18

(٤) في هذا المعنى:

- B.Edolman, esquisse d'une théorie du sujet: l'homme et son image, D. 1970, chron, no 3, P.119.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن القول باعتبار الشخص مالكا لجسده يمكن الاعتراض عليه من ناحيتين: فهو يؤدي ـ من ناحية ـ الى «تحقير الانسان والنظر اليه على انه مجرد شيء أو بضاعة يمكن تملكها. كما أنه يؤدي من ناحية أخرى الى استطاعة الشخص باعتباره مالكا لجسده، أن يتصرف فيه كما يشاء بكافة أنواع التصرفات المادية والقانونية، كبيعه وإيجاره وإعدامه وتجزأته.. وهكذا تماما كما يفعل المالك بالشيء محل الحق. وهي نتائج يستحيل التسليم بها قانونا وعملا.

أما اعتبار سلطة الانسان على جسده حقا من حقوق الشخصية، فقد تعرضت هي الأخرى للنقد، بل أن فكرة الحقوق الشخصية ذاتها محل نقد شديد من بعض الفقه[١]، ومايسمى بالحقوق الشخصية هي ـ في نظر هذا الجانب من الفقه ـ ليست حقوقا. والتكييف القانوني الدقيق لما يسمى بالحقوق الشخصية هو اعتبارها رخص أو حريات فردية[٢]، أو هي طائفة وسط تقع بين الحريات والحقوق بالمعنى الدقيق[٣].

ب ـ **الرأي الثاني**: انصار نظرية «الحرية أو الرخصة»
(سلطة الانسان على جسده رخصة)

يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة الشخص على جسده ليست حقا بالمعنى الفني الدقيق، وانما هي حرية أو رخصة يمارسها الانسان على جسمه. وهي حرية، أطلق عليها البعض[٤] الحرية الطبيعية أو المادية liberté physique

---

(١) - P. Roubier, Délimitation et intêrets pratiques de la categories des droits subjectifs, archiv. phil. droit, préc. p. 86 et s.
Ch. Atias, les personnes, les incapacités, préc. no. 18 et s.

(٢) - J. Carbonnier, Droit Civil, T. 1, préc., no 51
- G. Cornu, Droit civil, introduction, les personnes les Biens, precis Donat, 2é éd, 1985, no 479 et s.
- F. Terri, L'enfant de l'esclave, préc, P. 116 et s.

(٣) - J. Ghenstin et G. Goubeaux, Op. Cit, no 216

(٤) - M.J. Robert, Le corps humain et la Liberté individuelle en droit français, Op, Cit, P. 463.
- E. Gaillard, La double nature du droit à l'image et des conséquences en droit positif français, D. 1984, chron, P. 161.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يمكن مقارنتها ـ للايضاح ـ بالحرية التعاقدية. وكما ان ارادة الانسان تحقق ذاتها واستقلالها داخل حدود الحرية العقدية، فان الانسان يتمتع بحرية مادية، ضمن حريات أخرى مثل حرية الذهاب والمجيء، تسمح له باعطاء شخص أخر عضوا من جسده أو جزء من دمه. وبقد يفرض القانون على الحرية المادية، تماما مثل الحرية التعاقدية، بعض القيود تحقيقا لمصلحة الشخص نفسه، أو تحقيقا للمصلحة العامة.

٣ ـ نظرية تحقيقية:

(١٤٨) عرضنا بايجاز شديد موقف الفقه من الطبيعة القانونية لسلطة الشخص على جسده، وهل هي حق أم مجرد رخصة. ولنا على الخلاف الفقهي السابق بعض الملاحظات، لعلها تساعد على القاء مزيد من الضوء جوهر المشكلة، هي:

أ ـ أن النظر إلى سلطة الشخص على جسده على أنها حق ملكية هي نظرة غير صحيحة. لكن الاعتراض عليها على أساس أن حق الملكية يخول صاحبه سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال بينما ليس للشخص على جسده الا بعض السلطات في حدود ضيقة، هو أيضا اعتراض غير صحيح. حقا أن حق الملكية يخول المالك سلطات ثلاث هي: الاستعمال والاستغلال والتصرف (المادي والقانوني)، لكن تقييد سلطات المالك، لسبب أو لآخر، لاينفي عن الحق وصف الملكية. ويمكن أن يرد على حق الملكية قيود كثيرة (ارادية وغير ارادية) ولم يقل أحد ـ فيما نعلم ـ بتجريد الحق من صفة الملكية لان سلطات المالك مقيدة، بل قد يحرم المالك ـ مؤقتا ـ من سلطة التصرف (الشرط المانع من التصرف) ويبقى مع ذلك مالكا في نظر القانون.

ب ـ ان اعتبار سلطة الانسان على جسده حق انتفاع، قد تجد لها صدى من الناحية الدينية[1]، لكنها من الناحية القانونية غير صحيحة. فالقول بوجود

---

(١) - Decooq, Op, Cit, No 114 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

حق انتفاع يفترض، اصلا وجود حق ملكية، ثم تنازل المالك ـ لمدة مؤقتة، لاخر عن سلطتي الاستعمال والاستغلال، مع احتفاظ المالك بسلطة التصرف وحدها. فاذا ما انتهت مدة الانتفاع، أو توفي المنتفع، عادت سلطتا الاستعمال والاستغلال الى المالك (مالك الرقبة) ليجمع من جديد سلطات حقه الثلاث في يده. وعلى فرض أن الانسان له حق انتفاع على جسده طوال مدة حياته، فمن هو المالك الذي منحه سلطتي الاستعمال والاستغلال؟ هو الله سبحانه وتعالى مالك كل شيء، الذي خلق الانسان ونفخ فيه من روحه. وقد يعزز مثل هذا القول ان انتفاع الانسان بجسده مؤقت بمدة معينة هي حياته ذاتها، تماما كحق الانتفاع في نظر القانون. كما ان انتهاء الانتفاع بوفاة الانسان يؤدي إلى عودة الروح مرة أخرى إلى بارئها، تماما كما يستجمع المالك سلطات حقه بعد انتهاء حق الانتفاع. ويترتب على هذه النظرة ان الانسان لايجوز له التصرف في جسده أو في جزء منه سواء في حياته أو بعد مماته. فالانسان لايملك حسب هذا التحليل، سلطة التصرف، وليس له سوى سلطتي الاستعمال والاستغلال لجسمه كما هو.

لكن هذه النظرة لاتستقيم من الناحية القانونية. فالانتفاع حق عيني. والحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي تخوله الاستئثار بمنافع هذا الشيء أو ببعضها على الأقل. فالحق العيني إذن له محل (شيء مادي) وله صاحب. واذا نظرنا ـ جدلا ـ إلى سلطة الإنسان على جسده باعتبارها حق انتفاع، فمن هو صاحب الحق، وما هو محله؟ يبدو أن الشخص نفسه هو صاحب الحق وهو محله في الوقت نفسه. فالانسان هو صاحب الحق، وجسده هو محل الحق. فمن هو الانسان ان لم يكن هو الجسد ذاته، أو على الاقل يعتبر الجسد عنصرا في تكوين الانسان[1].

ح ـ ان القول باعتبار سلطة الإنسان على جسده حقا من حقوق الشخصية هو قول يمكن قبوله على أساس ان حقوق الشخصية تعتبر حقوقا عامة يمنحها

---

(١) - Marty et Raynaud, Droit civil, introduction Op. Cit, P. 258.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

القانون لجميع الأشخاص على السواء مثال ذلك: الحق في الحياة، الحق في الزواج، الحق في التنقل، الحق في حرية العقيدة.. وهكذا. فهذه الحقوق العامة هي ذاتها مايسمى بالحريات الشخصية. فالحق العام هو في حقيقته رخصة أو حرية وليس حقا بالمعنى الفني الدقيق. ويترتب على ذلك التقاء الرأيين السابقين عند نقطة واحدة: سلطة الانسان على جسده حق من حقوق الشخصية يعادل تماما القول بان سلطة الانسان على جسده حرية عامة. فحقوق الشخصية هي حقوق عامة، والحقوق العامة هي ماتسمى بالحريات الشخصية[1].

د ـ اما بالنسبة للحقوق الخاصة التي لاتثبت للكافة، ولاتتقرر الا لمن توافرت فيه شروطها، فانه يصعب اعتبار سلطة الشخص على جسده حقا بالمعنى الفني الدقيق. آية ذلك أن الحقوق الخاصة تنقسم إلى: حقوق الاسرة، الحقوق العينية، الحقوق الشخصية ـالحقوق الذهنية. واذا كانت سلطة الشخص على جسده ليست ـ قطعا ـ حقا من حقوق الاسرة، أو حقا ذهنيا فيبقى كل من الحق العيني والحق الشخصي (حق الدائنية).

وإذا كان الحق الشخصي، ببساطة سلطة لشخص (الدائن) تجاه شخص اخر (المدين)، فان اعتبار سلطة الانسان على جسده حقا شخصيا يجعلنا نتساءل عن طرفي الحق في هذا الفرض. واذا اكان الشخص نفسه هو صاحب الحق (الدائن)، فمن هو المدين؟ وما هو الاداء الذي يتلزم به؟ قد يقال أن المدين ـ هنا ـ هو كافة أفراد المجتمع باستثناء الدائن فقط. ويلتزم هؤلاء الآخرون بعدم مضايقة صاحب الحق وإعاقته عن استعمال سلطات حقه. فالمدين (بقية أفراد المجتمع) يقع على عاتقه التزام سلبي عام يتمثل في عدم مضايقة صاحب الحق.

---

(١) هذا بالاضافة الى أن مالك الرقبة يلتزم بالامتناع عن اعاقة المنتفع عن استعمال واستغلال الشيء محل الحق، كما أن حق الانتفاع ينقضي بعدم استعماله لمدة ١٥ سنة وهي أحكام يستحيل اعمالها في حالة الأخذ بالتصور الديني.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن مثل هذا القول ينطوي على خلط واضح بين فكرة الالتزام والاحتجاج بالحق في مواجهة الغير، فاحترام الحق، اي حق، واجب يقع على عاتق كافة أفراد المجتمع، وفارق كبير بين الالتزام باداء معين، وبين واجب احترام حقوق الآخرين. فواجب عدم التعدي على حقوق الآخرين واجب عام يقع على الكل، بينما لايكون ملتزما ـ في الحق الشخصي ـ سوى المدين. ولعل في ذلك ما يؤكد، مرة أخرى، أن سلطة الشخص على جسده ليست حقا بالمعنى الفني الدقيق، وانما هي مجرد حق عام أو رخصة تمنح للكافة ويحتج بها على الكافة أيضا.

وإذا كان الحق العيني هو ـ ببساطة أيضا ـ سلطة لشخص على شيء، فإن اعتبار سلطة الشخص على جسده حقا عينيا تقتضي القول ـ إذا صح هذا التكييف ـ بأن الشخص هو صاحب الحق، وأن الجسد هو محل الحق، ثم يبقى بعد ذلك تحديد نوع هذا الحق العيني وما إذا كان ملكية أو انتفاعاً.

لكن هذا التحليل، بدوره، غير دقيق، فاذا كان الجسد هو محل الحق طبقا للتحليل السابق، فهل الجسد شيء، حتى يمكن أن يصلح لأن يكون محلا للحق العيني؟ وهل الجسد، محل الحق، يختلف عن الشخص «صاحب الحق»؟ يبدو ان البعض[1] يرى أن الجسد ليس هو الشخص وأن الجسد ليست له ذات قدسية وحرمة الشخص نفسه. فالجسد ما هو إلا مجموع اعضاء الانسان استقلالا عن وظائفها. أما الشخص فهو الروح، العقل، الارادة.

والحقيقة في اعتقادنا أن الجسد ليس شيئا حتى يمكن أن يرد عليه حق عيني وذلك لسبب بسيط هو أن الجسد هو الشخص نفسه. فالانسان كائن حي يتكون من عنصرين لا انفصام بينهما هما الروح والجسد. فالجسد هو «الركيزة» الاساسية للانسان. بل وأساس وجوده. فالجسد يوجد أولا قبل أن ينفخ فيه الروح، كما أنه يبقى حتى بعد صعود الروح الى بارئها بوفاة الانسان. بل ان

---

(١) - Nerson, art. préc. P. 680
- A. David, thése préc, P. 35.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الروح وحدها في حد ذاتها لاتعني شيئا في نظر القانون بعيدا عن الجسد. الخلاصة اذن ان الانسان يتكون من عنصرين لاغنى عنهما معا لوجود الانسان هما الجسد والروح، ومن ثم، فالجسد، باعتباره عنصرا من عنصري الانسان، ليش شيئا يمكن أن يرد عليه حق عيني. وإذا قيل ـ جدلا ـ باعتبار الجسد شيئا يصلح لأن يكون محلا للحق، فمن هو اذن صاحب الحق؟ ليس للروح وجود ذاتي مستقل حتى يمكن القول باعتبارها مالكا للحق. واذا كان لابد، حتى «يولد» الحق العيني، من محل للحق وصاحب الحق. فلايجوز أن يكون صاحب الحق «الانسان» هو ذاته محل الحق.

٢ ـ ضوابط تصرف الانسان في اعضاء جسده

ـ الاعمال المادية:

(١٤٩) ذكرنا أن الانسان يتمتع ببعض السلطات التي يستطيع ممارستها على جسده. ومن ثم، فهو يستطيع أن يمارس على جسده الأعمال المادية التي يراها. لكن القانون قد يتدخل لحرمان الشخص من بعض الاعمال سواء تحقيقا لمصلحة الشخص نفسه، أو تحقيقا لمصلحة عليا للمجتمع، ومن هذا القبيل تجريم الانتحار وكذلك الشروع فيه[١]. ومع ذلك فان الشخص يستطيع ـ في حالة الضرورة ـ أن يضحي بعضو أو بأكثر من أعضاء جسده لانقاذ حياته[٢]. كمن يوافق ـ مثلا ـ على بتر ساقه أو يده منعا لانتشار المرض في بقية أعضاء جسده.

ـ التصرفات القانونية:

(١٥٠) إذا كانت سلطة الانسان على جسده تخوله، سواء كانت حقا أم رخصة اجراء بعض الأعمال المادية على جسده، فانها تخوله ـ ايضا ـ القيام ببعض التصرفات القانونية على جسده، وهي تصرفات تبدو ـ في مجملها ـ أكثر

---

(١) على عكس القانون الفرنسي الذي لايعتبر الانتحار أو الشروع فيه جريمة، راجع:
- F. Terre, Du suicede en droit civil, 1983 Op Cit, P. 523 et s.

(٢) - R. Dierkens, Op. Cit, no 34 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

خطورة من الأعمال المادية. ويرجع ذلك إلى أنها تخول شخص آخر سلطة اجراء عمل محدد على جسد المتصرف.

والحقيقة أن مثل هذه التصرفات ليست باطلة لمجرد أنها ترد على جسم الإنسان. فقد رأينا أن هذا المبدأ ترد عليه ـ الآن ـ عدة استثناءات في تزايد مستمر. وقد أصبح التساؤل الرئيسي ليس جواز أو عدم جواز التصرف في جسم الانسان، وانما ما هي حدود جواز التصرف. لكن هذه التصرفات ليست ـ بالمقابل ـ جميعها صحيحة، وانما تتوقف صحتها على «محل» التصرف من ناحية، وشروط صحة التصرف من ناحية أخرى.

١ ـ محل التصرف:

(١٥١) يمكن القول بوجه عام أن مشروعية المساس بجسم الانسان سواء كان المساس برضاء الشخص نفسه أم لا تتوقف على وجود مصلحة أعلى من مصلحة الشخص نفسه في الحفاظ على جسده[١]. ومن ناحية أخرى، فإن المساس بجسد الانسان يجب الا ينطوي على أية مخاطر بالنسبة للشخص أو ـ عند الضرورة ـ لاينطوي إلا على الحد الادنى من المخاطر.

وبناء على هذه الاعتبارات، فان الفقه يتجه إلى تقسيم أعمال التصرف التي ترد على جسم الانسان على اساس المخاطر التي تتضمنها من ناحية، وفائدتها بالنسبة لجسم الانسان من ناحية اخرى. ومن ثم، يجب التفرقة بين التصرفات الواردة على العناصر الضرورية لجسم الانسان، والعناصر النافعة، بدرجات متفاوتة، للانسان، وأخيرا العناصر غير النافعة للانسان[٢].

والحقيقة في اعتقادنا أن التقسيم السابق غير دقيق فليست هناك على حد علمنا ـ من ناحية ـ عناصر غير مفيدة لجسم. فكل عضو من اعضاء الانسان، وكل جزء من جسده له فائدة، مهما كان قدرها، للانسان عموما. وتفاوت درجات المنفعة بين هذا العضو أو ذاك، لا يعني إنعدام فائدة بعض الأعضاء أو

---

(١) Decocq, Op. Cit, No 79

(٢) - Dococq, Op. Cit, no 9

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الأجزاء. كما أن درجة منفعة هذا العضو أو ذاك لجسم الانسان تتغير من وقت لآخر حسب درجة تقدم العلوم الطبية، وما كان مستحيلاً نقله بالأمس، قد يمكن غدا استبداله وتعويضه.

ولذلك اعتنق الفقه تقسيما اخر أكثر دقة وهو التفرقة بين الأعضاء والاجزاء المتجددة والاعضاء والاجزاء غير المتجددة[١]. ويضيف البعض الى هذا التقسيم طائفة ثالثة أطلق عليها «بقايا الجسم الانساني»[٢].

أ ـ الأعضاء غير المتجددة non régénérables

(١٥٢) يُقصد بالأعضاء غير المتجددة الأعضاء الضرورية لبقاء الإنسان . أو ـ بعبارة أخرى ـ الأعضاء التي لا غنى عنها indispensable لحياة الإنسان . فهي إذن أعضاء ضرورية أو لازمة أو لا غنى عنها لبقاء الإنسان لأنها غير متجددة[٣] . ولا ريب في أن مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني يعارض أي تصرف يرد على الأعضاء غير المتجددة للإنسان بالمعنى السابق . فالتصرف يؤدي ـ في هذه الحالة ـ إلى المساس « النهائي والدائم » بإنسان على قيد الحياة . وإذا كان مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني ترد عليه بعض الاستثناءات، فالفرض فيها أنها تمس بجسم الإنسان إما مساساً مؤقتاً أو جزئياً[٤] .

---

(١) - Jayrand, Op, Cit, P.22

وقد اخذ المشرع الفرنسي بذات التقسيم في قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ الذي ينظم نقل الاعضاء البشرية وزراعتها، راجع:

H. Eldinc, les prélévement d'organe, commentaire de la loi du 22 dec. 1976, Rev. trim. dr. san. et soc. 1978, P.445.

(٢) - Harichaux, le corps objet, in Bioethigue et Droit, Op. Cit, P. 135, 136.

(٣) Harichaux, Le Corps objet, in Bioéthique et Droit, op. cit., p. 135, 136.
M. Harichaux, art. préc., in Bioéthique et Droit, p. 133.

(٤) Malinvaud, Introduction à l'étude du Droit, éd., Litéc, 1986, n° 119. I et J. Savatier, Auly et Péquignot, Traité de droti médical, 1956, n° 276.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما المساس الكلي والنهائي بجسم الإنسان فهو، قانوناً، ممنوع منعاً باتاً .

والواقع أن التعريف السابق للأعضاء غير المتجددة هو تعريف في نظرنا، غير كاف من ناحية، وغير دقيق من ناحية أخرى . أما أنه غير دقيق فذلك لأن القول بأن الأعضاء غير المتجددة هي - ببساطة - الأعضاء الضرورية التي لا غنى عنها للإنسان يؤدي بنا إلى العودة مرة أخرى - ربما دون أن نشعر - إلى المعيار السابق وهو تقسيم الأعضاء إلى أعضاء ضرورية ونافعة وغير ضرورية . وهو تقسيم، كما رأينا، منتقد .

أما أنه غير كاف فذلك لأنه لا يُغطي كافة أعضاء جسم الإنسان . فهناك أعضاء ضرورية ولا غنى عنها لأنها غير متجددة، حسب التقسيم الحالي، مثل القلب والكبد والعينين . . . وهكذا . لكن هناك - بالمقابل - أعضاء غير متجددة لكنها ليست ضرورية لبقاء الإنسان بالمعنى السابق كالمرارة مثلاً والطحال واليد والقدم . . . وهكذا . وهو ما يسمى بالأعضاء الأساسية أو الجوهرية . فهي أعضاء، بالرغم من أهميتها وفائدتها الكبيرة بالنسبة للإنسان، إلا أنه يمكن الاستغناء عنها عند الضرورة، ويستطيع الإنسان الحياة بدونها . وهي أعضاء - مع ذلك - غير متجددة بالمعنى الدقيق لهذا النوع من الأعضاء . وقد أجاز بعض الفقه التصرف في هذه الأعضاء الأساسية بناء على حالة الضرورة[1] . أي في حالة ما إذا كان التصرف لا يُخشى منه خطراً جسيماً على المتصرف، ولم تكن هناك وسيلة أخرى لإنقاذ حياة المستفيد .

وهكذا يؤدي التقسيم السابق (الأعضاء المتجددة وغير المتجددة) إلى الوقوع في التناقض: فالأعضاء الضرورية لا يجوز التصرف فيها، أصلاً، لأنها غير متجددة، بينما يجوز، بشروط، التصرف في الأعضاء الأساسية بالرغم من أنها هي - الأخرى - غير متجددة . فكلا النوعين لا يتجددان تلقائياً بطريقة

---

(١) renouilleau, Commentaire de la loi n° 761181 de 22 déc. 1976, D. 1977, p. 214 ets.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

طبيعية وأوتوماتيكية إذا تم التصرف في عضو منها .

ونعتقد، من جانبنا، أن من الأدق تقسيم أعضاء الجسم - في هذا الصدد - إلى نوعين: أعضاء ضرورية، وأعضاء غير ضرورية . فالأعضاء الضرورية هي تلك التي لا غنى عنها لبناء الإنسان على قيد الحياة . وهذا النوع هو المجال الطبيعي لإعمال مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني . فلا يجوز بأي حال من الأحوال، التصرف في أي عضو منها . وأي تصرف يرد عليها يُعتبر، دون شك - باطلاً بطلاناً مطلقاً . والأعضاء التي تدخل في هذا النوع هي - دون شك - غير متجددة . أما الأعضاء غير الضرورية فهي تلك التي يستطيع الإنسان البقاء على قيد الحياة بدونها، سواء لأنها متجددة أو لأنها يمكن الاستغناء عنها ولو بصعوبة أو عند الضرورة . كالكلى مثلاً، فهي غير متجددة، إلا أنه يجوز، بشروط، التصرف فيها لأنها، في نظرنا، ليست ضرورية لاستمرار حياة الإنسان .

ويبدو هذا التقسيم - في اعتقادنا - أكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء . فإذا كان العضو محل التصرف لا غنى عنه لبقاء الإنسان على قيد الحياة، فمن الطبيعي، عقلاً وقانوناً، أن يبطل التصرف في هذه الحالة . فالمساس بمبدأ « حرمة » الجسم الإنساني قد تحقق . أما إذا كان العقد محل التصرف يمكن الاستغناء عنه، ويبقى الإنسان - مع ذلك - على قيد الحياة، فإنه يبدو من الطبيعي التفكير في إجازته بشروط وقيود محددة، ويصبح جل اهتمامنا، حينئذ، هو تحديد ماهية شروط إجازة التصرف في هذه الحالة[1] .

---

(١) راجع في هذه الشروط بالتفصيل:

- Memeteau, le droit médical, éd. letec, 1985, n° 451 ets.
- Domages, le Corps humain dans le Commerce Juridique, thèse paris, 1976, p. 65 ets.
- Josserand, art. préc., D. H., 1932, p. 9.
- ph. Dubois, le physique de la personne, thèse paris 2, 1983.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ب ـ الأعضاء المتجددة régénérables

(١٥٣) وهي ما أسميناه الأعضاء غير الضرورية، أو بالأدق « جزء » منها . ويُقصد بها الأعضاء التي لديها القدرة على التجدد تلقائياً بطريقة طبيعية وأوتوماتيكية . مثال ذلك، الدم، اللبن، الشعر، السائل المنوي . . . وهكذا . ويجوز التصرف في مثل هذه الأعضاء دون أن تكون محلاً للاعتراضات السابقة . ويكاد يُجمع الفقه[١] على أن التصرف في الشعر مثلاً، وكذلك اللبن، يُعتبر تصرفاً جائزاً ومشروعاً على سبيل الاستثناء من مبدأ « حرمة » جسم الإنسان .

ح ـ بقايا الجسم الإنساني les résidus

(١٥٤) والواقع أن هذه « البقايا » لم تكن، حتى وقت قريب، قابلة للاستعمال لكن مع تقدم الأبحاث الطبية والعلمية، فقد ظهرت إمكانية استعمالها في أغراض مختلفة . ـ وتسمى ـ أحياناً « فضلات » d´echets الجسم[٢] . ويُقصد بها ـ في هذا المجال ـ ما يتبقى بعد إجراء أي عملية جراحية من « فضلات » يمكن استخدامها من جديد في عملية جراحية أخرى.

ولا يجب، في اعتقادنا، أن تفسر كلمة « عملية جراحية » بالمعنى الدقيق، وإنما يجب فهمها على معنى أي عمل طبي بوجه عام . كالدم المتبقي بعد إجراء التحاليل اللازمة مثلاً . وتتميز هذه الفضلات، بوجه عام،

---

(١) - Domages, thèse préc., p. 75 ets.
- Josserand, art. préc., p. 1.
- Decocq, op. cit., n° 14.
- R. Savtier, De sanguine Jus, D. 1954, chron., p. 141 ets.

وراجع بوجه عام:
ـ حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، ١٩٨٧، ص ٧١ ومابعدها.
ـ حسام الأهواني، المسائل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء.

(٢) - M. Harichaux, art. préc., in Bioéthique et Droit, p. 135.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بانعدام فائدتها بالنسبة للجسم الإنساني المأخوذة منه أصلاً، وأن استعمالها بالنسبة للغير لا يضر، من قريب أو بعيد، بالشخص « المتبقي » منه هذه الفضلات، ولا تؤثر من ثم ـ على بقائه . وبالتالي، فإن استعمالها من قبل « الغير » لا تُشكل مساساً بمبدأ « حرمة » الجسم الإنساني، ولا تنطوي على خطر بالنسبة للشخص . بل إن هذه « الفضلات » قد فقدت صفة « قدسيتها » وأصبحت ـ بالتالي ـ شيئاً يمكن استخدامه والتصرف فيه دون صعوبة[1] .

٢ ـ شروط التصرف:

(١٥٥) في ضوء التفرقة السابقة بين الأجزاء والأعضاء الضرورية لجسم الإنسان والأعضاء غير الضرورية، فإنه يجب ـ حتى يمكن اعتبار التصرف الوارد على جسم الإنسان صحيحاً ـ توافر الشروط الآتية:

أ ـ المخاطر: les risques

(١٥٦) جرت العادة على القول[2] أنه يشترط ألا يترتب على التصرف الوارد على جسم الإنسان أي خطر يلحق الإنسان محل التصرف حتى يُعتبر هذا التصرف صحيحاً . والحقيقة أن مثل هذا القول ينطوي على كثير من التعميم يحتاج ـ في نظرنا ـ إلى تدقيق . فالقول باشتراط انعدام المخاطر حتى يُعتبر التصرف صحيحاً يؤدي عملاً إلى بطلان كافة التصرفات التي ترد على جسم الإنسان، خصوصاً في مجال زراعة الأعضاء البشرية . فالتصرف في أي عضو أو جزء من جسم الإنسان، أياً كان نوعه وأياً كانت طبيعته، من شأنه أنه يحمل قدر من المخاطر للإنسان محل التصرف، مهما كان ضئيلاً . ومن ثم، فمن الأدق أن نقول بجواز التصرف إذا لم يكن من شأنه أن يُسبب مخاطر كبيرة للإنسان محل التصرف، ولا يترتب عليه أضرار مباشرة أو

---

(١) - F. Terré, op. cit., p. 95.

(٢) - Edelman, Nature et sujets de droit, Destins du droit de propriété, P. U. F., 1985, p. 135.
- M. T. Rassat, art. préc., 1976, 1, 2777.
- M. Haricheaux, art. préc., in Bioéthique et Droit, p. 133

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مستقبلية للمتصرف[١] . وهي مسألة فنية يحكم فيها القاضي، عند النزاع، بناء على تقارير الخبراء .

وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يمكن - في هذا الصدد - تطبيق قاعدة النسبية proportionnalité . ويتم ذلك عن طريق مقارنة مصالح كلا الطرفين (المتبرع والمستفيد)، ولا يجوز التصرف - حينئذ - إلا إذا وُجد نوع من التوازن المعقول بين المخاطر التي يتحملها المتصرف، والمزايا التي تعود على المستفيد . ويجب - للقول بالإجازة - أن تميل الكفة لصالح المنافع والفوائد[٢] .

ب - المشروعية Licéité

(١٥٧) لا ريب في أن القول بجواز التصرف - أي تصرف - يتوقف على عدم مخالفته للنظام العام والآداب . ولا يشذ التصرف الذي يرد على جسم الإنسان على هذه القاعدة . بل على العكس تلعب فكرة النظام العام - هنا - دوراً هاماً لحماية الجسم الإنساني بوجه عام، وبالرغم من النقد الذي يوجه إلى هذه الفكرة نظراً لعدم إمكانية تحديد محتواها بدقة، إلا أنها تفرض نفسها في هذا المجال لحماية الإنسان . وتسمح فكرة النظام العام للقاضي بتقرير بطلان التصرف إذا كان ينطوي على مساس بكمال الإنسان[٣] .

ح - الرضا أو التراضي Le Consentement

(١٥٨) لا ريب في أن كل تصرف قانوني يجب، حتى ينعقد صحيحاً من الناحية القانونية، أن يتوافر له ركن الرضا أو التراضي . إذ بدونه يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف أحد أركانه الضرورية . وإذا كانت التصرفات التي ترد على جسم الإنسان تخضع للقاعدة السابقة، إلا أن ركن

---

(١) راجع في ذلك مناقشات الجمعية الوطنية الفرنسية في شأن زراعة الأعضاء:

- J. O., 9 déc. 1976, p. 9029.

(٢) - Mémeteau, Le droit médical, op. cit., n° 451 ets.

(٣) - T. G. I. paris, 3 Juin 1967, Rév. trim. dr. civ., 1970, p. 340.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التراضي فيها له « ذاتية خاصة » من ناحيتين:

ـ يجب ـ من ناحية ـ أن يكون الرضاء مستنيراً éclairé . فلا يكفي، كما هو الحال في بقية التصرفات، أن يكون الرضاء حقيقياً وصحيحاً، وإنما يجب ـ بالإضافة إلى ذلك ـ أن يكون مستنيراً . بمعنى أن المتصرف يجب أن يكون على علم بكافة الظروف والملابسات المحيطة بالتصرف وأن يعلم بكافة النتائج المادية والنفسية، المحتملة والتي قد تترتب على التصرف، وأيضاً كافة الآثار المحتملة للتصرف على حياته الشخصية والعائلية والمهنية . وإذا صدر التصرف دون علم المتصرف بهذه النتائج أو الآثار، فإن رضاءه يكون معيباً .

ـ كما أن الرضاء يكون ـ من ناحية أخرى ـ قابلاً للرجوع فيه revocable هذا على عكس القاعدة العامة بالنسبة للتراضي في العقود بوجه عام . إذ يكفي أن يصدر رضاء صحيح وحقيقي وقت إبرام العقد . أما بالنسبة للتصرفات التي ترد على جسم الإنسان عموماً، فيجب أن يستمر الرضاء حتى لحظة تنفيذ التصرف . ويترتب على ذلك، أن المتصرف يستطيع ـ دون أدنى مسؤولية عليه ـ أن يرجع في رضائه حتى بعد إبرام التصرف . ويرجع ذلك، في نظرنا، إلى ما لهذه التصرفات التي ترد على جسم الإنسان من طبيعة خاصة تبتعد بها ولو قليلا عن غيرها من التصرفات. ولعل مايبرر هذه الطبيعة الخاصة لهذه العقود أنها ترد على جسم الانسان أي أن محل التصرف ـ هنا ـ هو جسم الإنسان ذاته، الأمر الذي يُبرر وضع بعض القواعد الخاصة التي تتفق مع ما لجسم الإنسان من « حرمة » تفرضها اعتبارات تتعلق بالنظام العام .

د ـ المقابل: Rémunération

(١٥٩) يُعتبر المقابل من الموضوعات « القديمة ـ الجديدة » في الوقت نفسه، أما أنه قديم فذلك لأن المقابل هو أحد العناصر الضرورية لبعض العقود التقليدية كالبيع والإيجار والعمل . . . وهكذا، لكنه في ذات

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الوقت جديد لأنه فرض نفسه مرة أخرى بمناسبة التطورات العلمية الحديثة التي اقتضت تزايد التصرفات الواردة على جسم الإنسان ونتاجه .

وإذا كان الأصل هو مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني، وما يترتب على ذلك من خروج الجسم الإنساني، من دائرة التعامل Le Corps humain est hors Commerce إلا أنه يجوز ـ الآن ـ على سبيل الاستثناء التصرف، بشروط وقيود معينة، في جسم الإنسان .

والحقيقة أن خروج الجسم عن دائرة التعامل يعني، بالضرورة، أن اقتضاء مقابل يتعارض مع اعتبارات النظام العام. لكن هل يعني القول بإجازة بعض التصرفات على سبيل الاستثناء من المبدأ السابق، جواز الحصول على « مقابل » بالنسبة لهذه الاستثناءات؟ .

قد يُقال أن الاستثناء يجب أن يستثني من المبدأ في كافة أحكامه وقواعده . وإذا كان لا يجوز تقاضي مقابل طبقاً للمبدأ ذاته، فإنه يجوز، عقلاً ومنطقاً، تقاضي مقابل بالنسبة للاستثناءات التي ترد على المبدأ . فالاستثناء « يخرج » على المبدأ من كافة جوانبه . لكن هذا المنطق النظري المجرد يتجاهل ـ في الواقع ـ الدوافع الإنسانية التي تكمن وراء الاستثناءات الواردة على مبدأ « حرمة » الجسم الإنساني .

ويبدو أن الفقه يميل ـ في معظمه ـ[1] إلى اشتراط انعدام المقابل وذلك من ناحية على اعتبار أن المساس بالجسم الإنساني لا يمكن قبوله إلا على أساس التضامن بين أفراد المجتمع . ومن ناحية أخرى، فإن الحصول على مقابل سيؤدي ـ دون شك ـ إلى خلق سوق للتجارة غير المشروعة، خصوصاً بين الطبقات الفقيرة .

---

(١) - Mallaurie, op. cit., p. 63.

(٢) - Heleine, le dogme de l'intangibilité du Corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec Contémporain, préc., p. 56.
- Mallaurie, op. cit., p. 63.
- R. Savatier, Le problème des trasplantation d'roganes humains, J. C. P., 1969, 2, 2247.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن البعض يرى[1] التفرقة - في هذا الصدد - بين الأجزاء المتجددة، والأجزاء غير المتجددة . ويشترط بالنسبة لهذا النوع الأخير انعدام المقابل حتى يكون التصرف صحيحاً . وأي تصرف بمقابل يرد على « جزء » من جسم الإنسان هو - في الحقيقة - بيع . ولا ريب في أن بيع « جزء » من جسم الإنسان يتعارض مع اعتبارات النظام العام . فقط الإيثار أو الغيرية هي التي يمكن أن تبرر المساس بالجسم الإنساني في هذا الفرض .

أما بالنسبة للأجزاء المتجددة، فإن مبدأ « المجانية » يجب أن يُطبق أيضاً لكن مع قدر، ولو قليل، من المرونة . فالتصرف - هنا - لا يرد « جزء » من الجسم الإنساني بالمعنى الدقيق، وإنما على أعضاء أو نتاج، وإن كانت لا تُعتبر « شيئاً »، يُنظر إليها - أحياناً - على أنها « ثمار » للجسم، وليست « جزءاً » من الجسم ذاته . وهكذا يمكن - في منطق هذا الرأي - اقتضاء مقابل من التصرفات التي ترد على هذه « الثمار » .

والحقيقة أن هذا الرأي قد يُغري على قبوله . فأجزاء الجسم الضرورية والأساسية (غير المتجددة) تبدو أكثر « قدسية » من « ثمار » الجسم (الأجزاء المتجددة) . ولا يُعقل - منطقاً - أن تكون « للثمار » ذات الحماية المقررة للجسم نفسه . إلا أنه - مع ذلك - غير صحيح، قانوناً، من ناحية، ويؤدي إلى نتائج غير مسلم بها من ناحية أخرى .

أما أنه - من الناحية القانونية، غير صحيح فذلك لأن التصرف يجب - حتى يكون صحيحاً قانوناً - أن يكون له سبب مشروع . فالعقد يبطل، حسب نص المادة ١٧٦ مدني كويتي، « إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع » . ويُقصد بالسبب - هنا - الباعث الدافع إلى التعاقد . إذ لا يُعتد في السبب إلا « بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد، »[2] (م١٧٦/٢ مدني كويتي) . والسبب، بهذا المعنى، هو نية التبرع في عقود التبرع، أما في عقود المعارضة فهو « المقابل » الذي يلتزم به كل من المتعاقدين .

---

(١) - Mallaurie, op. Cit, P.63

(٢) في ذات المعنى، راجع نص المادة ١٣٦ مدني مصري.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولا يكفي أن يكون للعقد سبباً، وإنما يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً . والقول بجواز حصول المتصرف في « ثمار » جسده على مقابل يجعل السبب - في نظرنا - غير مشروع . فالسبب في هذه الحالة ليس نية التبرع، فالعقد ليس تبرعاً، وإنما هو « المقابل » الذي سيحصل عليه المتصرف، إذ أن العقد أصبح معاوضة . وإجازة الحصول على «مقابل» يجعل التصرف الذي يرد على جسم الإنسان ضرباً من المتجارة، يتعارض - من ثم - مع اعتبارات النظام العام . والقول ببطلان التصرف - هنا - يرجع، في نظرنا، إلى عدم مشروعية السبب[1] . فالجسم الإنساني لا يجب، بأي حال من الأحوال، أن يكون محلاً للمضاربة . وإذا كان يجوز - على سبيل الاستثناء - التصرف في جسم الإنسان، فذلك لاعتبارات ودوافع إنسانية بعيدة كل البعد عن تحقيق ربح مادي .

ومن ناحية أخرى، فإن القول بجواز الحصول على مقابل يؤدي إلى نتائج يستحيل، أو على الأقل يصعب التسليم بها . فالعقد يتحول - في حالة وجود المقابل - من تبرع إلى بيع يجب - من ثم - أن يخضع لقواعد ضمان العيوب الخفية، وضمانات الوفاء بالثمن وغير ذلك من القواعد التي تنظم عقد البيع . وهي نتائج يصعب، إن لم يستحل، قبولها أو تطبيقها على جسم الإنسان .

لكن القول « بانعدام » المقابل في التصرفات التي ترد على جسم الإنسان بوجه عام، لا يمنع من الحصول على كافة النفقات التي قد يتحملها في سبيل تنفيذ التصرف . كما أن « بقايا » جسم الإنسان بالمعنى السابق يجوز التصرف فيها بمقابل أو بدون مقابل، على أساس أن انفصالها عن الجسد، دون أن يكون لها فائدة بالنسبة للشخص الذي انفصلت عنه، يجعلها في حكم الأشياء المتروكة، يجوز - من ثم - التصرف فيها طبقاً للقواعد العامة للقانون .

---

(١) وليس عدم مشروعية المحل فالفرض أن محل التصرف في حدود الاستثناءات السابق تحديدها يكون مشروعاً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإن كان البعض[1] يرى أن « الترك » لا يرد إلا على الأجزاء الخارجية للجسم التي تقبل الانفصال، أو على الأعضاء غير الأساسية . ومن هذا القبيل الشعر أو الأظافر بعد قصها . فهي أشياء متروكة يمكن الاستيلاء عليها إلا إذا أبدى صاحبها - بداهة - الرغبة في الاحتفاظ بها .

لكن هذا القول لا يطبق، في نظر أنصار الرأي السابق، على كافة أجزاء الجسم التي يمكن فصلها عن الجسم . فإذا أجرى أحد الأشخاص عملية جراحية أدت إلى استئصال عضو من جسده، فإن المريض لا يرغب، عموماً، في الاحتفاظ بالعضو المستأصل . فهو يعهد إلى المستشفى حرية التصرف فيه و« إعدامه » . فهناك إذن وكالة ضمنية من جانب المريض . ومن ثم، فأي استخدام للجزء الذي تم استئصاله لا يجب أن يحدث إلا بعد الحصول على موافقة الموكل (المريض) . وتطبق هذه القاعدة على المشيمة[2] ، المضغة، البويضة الملقحة . .

٣ - حكم التصرف في السائل المنوي وما في حكمه

(١٦٠) رأينا فيما سبق أن الفقه يُفرق - من حيث محل التصرف - بين الأجزاء المتجددة والأجزاء غير المتجددة من جسم الإنسان . وفي ضوء هذه التفرقة فإن السائل المنوي وما في حكمه يُعتبر - دون شك - من الأجزاء المتجددة . فهو، أي السائل المنوي، يتجدد تلقائياً في جسم الإنسان بطريقة طبيعية وأوتوماتيكية . وهو، من هذه الناحية، كالدم تماماً كلاهما يتجدد تلقائياً .

وإذا كان الدم لا يُعتبر - قانوناً - « بضاعة »، كما أنه ليس « مالاً »[3] في

---

(١) - N. Mogen, Reflexions juridiques sur le materiel genetique des l'homme, in Bioéthique et Droit, op. cit., p. 200.

(٢) - M. L. Rassat, le statut juridique du placenta humain, J. C. P. , 1277, 2, n° 2777.

- G. Memeteau, Le prélèvement à des fins thérapeutiques sur le foetus de lege ferenda, Gaz. pal., 2, p. 321.

(٣) - R. Savatier, De sangnine jus, D. 1954, p. 141,

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مجال المعاملات، إلا أن القانون[1] قد تدخل لتنظيم التصرف فيه بقواعد تعمل على تفادي مخاطر المضاربة، والمخاطر الطبية بالنسبة للمتبرع والمستفيد. وقد يُقال بجواز التصرف في السائل المنوي. قياسا على الدم مثلا، خصوصاً أن مخاطر نقل الدم بالنسبة للمتبرع لاتوجد بالنسبة للمتبرع بالسائل المنوي. كما قد يقال من ناحية أخرى، بجواز التصرف في السائل المنوي قياساً على جواز التبرع بأعضاء الجسد، خصوصاً في كل من الكويت وفرنسا حيث نظم المشرع ـ هنا وهناك ـ عملية زرع الأعضاء.

سنحاول الإجابة على هذه الافتراضات من خلال التعرض للتساؤلات الآتية:

أ ـ هل السائل عضو في الجسد؟

(١٦١) العضو هو « جزء » من كائن حي له وظيفة خاصة[2]، أو هو كل « جزء » يدخل في تركيب الإنسان يكون له وظيفة خاصة ومحددة كالعين والقلب والأذن واليدين . . . وهكذا، وطبقاً لهذا التعريف للعضو، فإن السائل المنوي لا يُعتبر ـ دون شك ـ عضواً. فهو ليس « جزءاً » في جسم الإنسان حتى يمكن اعتباره عضواً. ويترتب على ذلك أن التصرف في السائل المنوي، أو في بويضة الزوجة، لا يخضع للقانون الذي ينظم زراعة الأعضاء سواء في الكويت أو في فرنسا. فالسائل المنوي يختلف إذن، من حيث طبيعته، عن أعضاء الجسم، ومن ثم لا يخضع لأحكامها[3].

والحقيقة، في نظرنا، أن السائل المنوي ليس « جزءاً » أو « عضواً » في الجسد، وإنما هو « نتاج » أو « ثمار » ـ إذا جاز التعبير ـ للجسد ذاته.

---

(١) راجع: القانون الفرنسي الصادر من ٢١ يوليو ١٩٥٢ بشأن تنظيم التبرع بالدم، راجع في ذلك:

- A. Bernard, le Corps humain, objet du Contrat, in Bioéthique et Droit, op. cit., p. 148 ets.

(٢) - Diction. pétit Robert 1, p. 1321.

(٣) - T. G. I. de Géteil, 1er août 1984, J. C. P., 1984, 2, 20921, note Corone.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وفارق كبير - في الطبيعة - بين الجسم ذاته وبين نتاجه كالشعر واللبن . . . وهكذا . وإذا كان السائل المنوي، كالشعر واللبن والدم، « نتاجاً » لجسم الإنسان، فهل يخضع لأحكام « نتاج » الجسم الإنسان بوجه عام؟ .

ب - هل يخضع السائل المنوي لأحكام « نتاج » الجسم عموماً؟

(١٦٢) إذا كان السائل المنوي، وما في حكمه، من « نتاج » جسم الإنسان كالشعر واللبن مثلاً، فقد يُقال بخضوعه لذات الأحكام . فمصيرهم - من ناحية - واحد: التخلص من الزيادة وانعدام - من ثم - فائدتهم بالنسبة للجسم . فالرضاعة، والحصول على « بعض » الشعر و« بعض » السائل المنوي ليس من شأنه الإضرار بالجسم، أو يؤثر على بقاء الإنسان . ومثل هذه « الثمار » وإن كانت - في الواقع - في خدمة الإنسان، إلا أنها يمكن - أيضاً - أن تحقق مصالح الغير . فوظيفتها إذن مزدوجة: خدمة صاحبها، وترضية الآخرين[١] . وحكمها - من ثم - واحد: فهي أشياء يمكن التصرف فيها بمقابل أو بدون مقابل . « فهي - بطريقة ما - ثمار لجسم الإنسان مصيرها الانفصال عنه، ومن ثم فهي « شيء » يمكن التعامل فيه »[٢] . والشعر ما هو - في نظر البعض - إلا منقولات مستقبلية، وبالتالي فالتصرف فيه يُعتبر بيعاً وارداً على منقول[٣] .

والحقيقة أن هذا القول يتجاهل كلية « الغاية » من استعمال السائل المنوي، والبويضة الأنثوية . فالشعر مثلاً، وهو نتاج عديم الحركة والشعور أو الإحساس، له **غاية جمالية بحتة**[٤]، ومن ثم يمكن القول - دون صعوبة - بخضوعه للقواعد العامة للعقود الخاصة بالمنقولات عموماً . أما السائل المنوي فغايته مختلفة تماماً، ويصعب بالتالي - القول باعتباره « شيئاً » .

---

(١) - Decocoq, op. cit., n° 39.

(٢) - R. J. Savatier Auby et Péquignot, op. cit., n° 276.

(٣) - Decocq. op. cit., n° 39.

(٤) - A. David, Thèse préc., p. 38.

- Dommages, thèse préc., p.63.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فالغاية من السائل المنوي هي خلق الإنسان ذاته . إذ أن بداية خلق الإنسان هي النطفة المذكرة والنطفة المؤنثة، واختلاطهما معاً (عندما يُلقِح الحيوان المنوي البويضة) يؤدي إلى النطفة الأمشاج[1] . ﴿**أيحسب الإنسان أن يترك سدى؟ ألم يكن نطفة من مني يمنى . ثم كان علقة فخلق فسوى . فجعل منه الزوجين الذكر والأنثى**﴾[2] صدق الله العظيم . ولا ريب في أن حكم « النتاج » ذو الوظفة لاجمالية يجب أن يختلف ـ جذرياً ـ عن حكم « النتاج » ذو الوظيفة الوراثية « فالسائل المنوي ليس شيئاً يدخل في دائرة التعامل، وإنما هو سائل أو « مُفرز » يحتوي على « نواة » الحياة، ويُخصص لخلق كائن بشري »[3] .

ومن ناحية أخرى، فإن التصرف في الشعر أو الدم مثلاً يقتصر على العلاقة بين المتبرع والمستفيد . وينتهي الأمر عند هذا الحد دون أن تتعدى آثار التصرف إلى شخص آخر . بعبارة أخرى، فإن التصرف في الشعر مثلاً تقتصر آثاره على طرفيه فقط، دون أن يمس، ولو من بعيد، أي شخص آخر . على عكس التصرف في النطفة . فهي مخصصة، بحسب طبيعتها، لخلق كائن بشري . ومن ثم، فإن أثر التصرف سينصرف حتماً إلى هذا الكائن المحتمل، الأمر الذي لا يملكه طرفي التصرف . فآثار التصرف تتجاوز طرفيه، وتمس بالضرورة مستقبل إنسان ليس طرفاً في التصرف، ولم يكن ليستطيع أن يكون طرفاً فيه لأنه، ببساطة، لم يكن قد « خلق » بعد وليس لأحد، كائناً من كان، أن يتحكم في نسب إنسان بالاتفاق مع آخر، وما التصرف في النطفة ـ في حقيقته ـ إلا اتفاقاً على تحديد نسب إنسان على غير الحقيقة . « فالنسب رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة،

---

(١) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

(٢) سورة القيامة ، آية رقم ٣٩ .

(٣) T. G. I. Créteil, préc.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لذا لم يدعها الشارع الكريم نهباً للعواطف والأهواء، نهبها لمن تشاء ونمنعها من تشاء . . . »[1] .

ج ـ بطلان التصرف الوارد على النطفة كقاعدة عامة

(١٦٣) رأينا أن السائل المنوي ليس ـ حسب تعريف العضو ـ « جزءاً » من جسم الإنسان ، وإنما هو من نتاجه أو ـ إذا جاز التعبير ـ من ثماره ولكن هذا « النتاج » بالذات لا يخضع لنفس القواعد التي تخضع لها « نتاجه » الإنسان بوجه عام . والواقع أن حكم مثل هذا التصرف يتراوح ـ بداهة ـ بين الصحة والبطلان .

قد يقال أن التصرف في النطفة ، مذكرة كانت أم مؤنثة ، باطل . والبطلان ـ هنا ـ قد يكون لعدم مشروعية المحل ، أو لعدم مشروعية السبب .

ـ عدم مشروعية المحل .

جرت العادة على القول ببطلان أي تصرف يرد على جسم الإنسان لخروجه عن دائرة التعامل ، فهو ـ أي الجسد ـ غير قابل للتعامل فيه Hors le Commerce ، بينما يشترط في محل التصرف أن يكون قابلاً للتعامل فيه . والشيء يخرج عن دائرة التعامل إما بطبيعته ، أو بحسب الغرض الذي خصص له ، أو لأن التعامل فيه يكون غير مشروع لتعارضه مع اعتبارات النظام العام والآداب الذي خصص له ، أو لأن التعامل فيه يكون غير مشروع لتعارضه مع اعتبارات النظام العام والآداب .

وقد تبرر عدم المشروعية ـ هنا ـ إما على أساس أن التصرفات لا ترد إلا على الأشياء فقط ، والإنسان ليس شيئاً ، أو أن التعامل الوارد على جسم الإنسان ، على فرض أنه شيء ، يتعارض مع اعتبارات النظام العام والآداب .

---

(١) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

والحقيقة أن هذا التبرير لا يصلح لتبرير بطلان التصرف في النطفة البشرية ، حتى على فرض صحته لتبرير عدم مشروعية التصرفات الواردة على جسم الإنسان بوجه عام . فالنطفة ـ كما ذكرنا ـ ليست عضواً في جسم الإنسان ، أي لا تدخل في تركيبه ، وإنما هي أحد « نتاجات » جسم الإنسان . والنتاج ليس له ـ عقلاً ومنطقاً ـ ذات « حرمة » الجسد ذاته . ومن ثم فالقول بأن الإنسان ليس شيئاً لا يشمل « نتاج » جسم الإنسان ، والتعامل فيه لا يتعارض إذن مع اعتبارات النظام العام والآداب . فالذي يتعارض مع اعتبارات النظام العام هو ، فقط ، التعامل في جسم الإنسان ، و« النتاج » ليس جزءاً منه ، لا يخضع ـ من ثم ـ لذات القاعدة . فالنطفة إذن شيء ، كغيرها من أنواع النتاج الأخرى ، يمكن التصرف فيها . ومثل هذا التصرف لا يكون باطلاً لعدم مشروعية المحل .

ـ عدم مشروعية السبب

يتوقف القول ، في نظرنا ، بعدم مشروعية السبب على « الغاية » من التصرف ذاته . فالتصرف في النطفة لأحد المعاهد العلمية لإجراء الأبحاث العلمية والطبية عليها له سبب مشروع ، ومن ثم فالتصرف صحيح من الناحية القانونية . لكن مثل هذا التصرف الصحيح لا يسمح للجهة المستفيدة أن تستعمل النطفة إلا في الغرض المحدد ، والذي كان وراء التصرف ذاته . وبالتالي لا يجوز استعمال النطفة في أغراض أخرى . كاستعمالها في إجراء عملية تلقيح صناعي مثلاً، أو استخدامها في أغراض تجارية . فالغرض المحدد في التصرف هو الذي أضفى صفة المشروعية على التصرف . ومن ثم فتعديله قد يؤثر على مدى مشروعية السبب ، وبالتالي مدى صحة أو بطلان التصرف ذاته .

أما إذا كان « الغرض » من التصرف في النطفة هو استخدامها في عملية تلقيح صناعي ، فإن التصرف يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب . فالمحل ، كما رأينا ، نطفة من نتاج الإنسان . وهي ، من حيث طبيعتها ، شيء يجوز التصرف فيه . لكن مشروعية التصرف تتوقف ـ هنا على مشروعية السبب .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

والسبب ـ هنا ـ وهو استخدام النطفة في إجراء تلقيح صناعي بين رجل وامرأة لا تربطهما علاقة زواج ، غير مشروع لمخالفته للنظام العام والآداب . فمحل التزام المتبرع مشروع ، حيث التزم بإعطاء الطرف الآخر « نطفة » ، وهي محل مشروع ، كما رأينا ، لأنها ليست جزءاً من جسم الإنسان وإنما مجرد أحد نتاجاته ، كما أن التزام الطرف الآخر (المستفيد) هو الآخر مشروع . إذ أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود ليس فيه ما يخالف القانون أو النظام العام والآداب . فمحل كلا الإلتزاميين إذن مشروع. أما سبب العقد ـ هنا ـ وهو الحصول على نطفة لاستعمالها في مشروع حمل هو قطعاً سبب غير مشروع. ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، بالرغم من أن محل كل منهما مشروع في ذاته .

فالطفل لا يُنسب ـ شرعاً وقانوناً ـ إلا لأبيه وأمه . أما التصرف في النطفة لاستخدامها في إجراء تلقيح صناعي يؤدي ـ بالضرورة ـ إلى نسبة الطفل لغير أبيه وأمه ، أو ـ على الأقل ـ لغير أحدهما . وصدق رسول الله ﷺ حين قال: « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته » . ولا ريب أن ذات الحكم يطبق على الرجل الذي ينسب إليه ، على غير الحقيقة ، طفل ليس من نطفته . ومن ناحية أخرى ، فإن أحكام النسب تتعلق ـ قانوناً ـ بالنظام العام ، لا يجوز ـ من ثم ـ تعديلها بالإتفاق . ولا ريب أن التصرف في نطفة لاستخدامها في التلقيح الصناعي يؤدي إلى تعديل قواعد النسب ، ونسبة الطفل إلى شخص غير أبيه ، أو امرأة غير أمه .

ثانياً: وضع جسم انسان تحت تصرف الغير

(١٦٤) قد لا يكون التعامل في جسم الإنسان بالتصرف في هذا العضو أو ذاك ، ولكن بوضع الجسم نفسه في خدمة شخص آخر . ولا ريب أن الجسم في حاجة إلى حماية قانونية في مثل هذا النوع من التعامل كما يحتاجها في حالة التصرف في عضواً أو جزء من جسمه .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وإذا كان وضع الجسم كلية وبصفة نهائية في خدمة الغير قد انتهى إلى غير رجعة بانتهاء نظام الرق[1] ، إلا أنه يمكن أن يقدم ـ الآن ـ صوراً مختلفة اقتضت تنظيماً تشريعياً ملائماً . فالرضاء وحده لا يمكنه أن يُضفي المشروعية على المساس بجسم الإنسان إذا كان يحتوي على مخاطر كبيرة .

ويمكننا أن نشير ـ في هذا الصدد ـ إلى ثلاثة أمثلة توضح مدى إمكانية وضع جسم الإنسان ، قانوناً ، في خدمة شخص آخر ، هي : عقد العمل ، التجارب والأبحاث غير العلاجية (العلمية)، وأخيراً الحمل لحساب الغير . وقد نظم المشرع ، منذ فترة طويلة ـ عقد العمل ، كما أننا قد عرضنا ـ فيما سبق ـ لمشروعية إجراء التجارب بوجه عام سواء العلاجية أو العلمية ، ومن ثم لا يبقى سوى الحمل لحساب الغير الذي نعرض له فميا يلي .

١ ـ حكم الحمل لحساب الغير

(١٦٥) يمثل الحمل لحساب الغير صورة من صور وضع الجسم الإنساني تحت تصرف الغير . فالمرأة « الحاملة » تضع ـ في الحمل لحساب الغير ـ طاقتها التناسلية تحت تصرف ولمصلحة امرأة أخرى فالحمل لحساب الغير هو إذن استثمار أو استغلال لجسم الإنسان ، ربما أكثر خطورة وأهمية من استغلال جسم الإنسان في الدعارة .

والواقع أن الحمل لحساب الغير قد لا يجد مُبرراً له سوى « نبل » الغاية فهو يهدف ـ حقيقة ـ إلى مساعدة امرأة عقيم على تحقيق رغبتها في الحصول على «ولد» . فالإيثار وكذلك التضامن العائلي ـ هو الدافع الذي يكمن وراء نظام الحمل لحساب الغير . لكن هذه الغاية ، مهما كان نبلها ، لا تكفي ، إطلاقاً ، للقول بمشروعية الحمل لحساب الغير . فالغاية ، على أية حال ، لا تُبرر الوسيلة إذا كانت مخالفة لاعتبارات النظام العام والآداب .

---

(١) - F. Terré, op. cit., p. 13.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أ ـ عدم مشروعية المحل:

(١٦٦) والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً . ويرجع البطلان ـ من ناحية ـ إلى عدم مشروعية المحل . وإذ كان لا يجوز ، كقاعدة ، وضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير ، فإنه يجوز ، على سبيل الاستثناء ، ذلك . فقد أجاز المشرع ذلك في عقد العمل ، وأجازه الفقه في التجارب العلاجية ، بل وأيضاً ـ مع بعض الحذر ـ في التجارب العلمية . فالعقد لا يكون باطلاً في كل الأحوال لمجرد أنه يرد على جسم الإنسان . فقد رأينا أنه يجوز التعامل في جسم الإنسان بشروط وقيود محددة . وفي داخل هذه الحدود ، فإن المحل يكون ـ إذا توافرت الشروط ـ مشروعاً . أما إذا لم تتوافر ، فيكون العقد باطلاً لعدم مشروعية المحل تطبيقاً للقاعدة العامة بأنه جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل .

ولعل أهم شرط للقول بمشروعية المحل هو ألا يكون المساس بجسم الإنسان جسيماً . بعبارة أخرى ، أن تكون المخاطر التي قد تنتج عن التصرف « مقبولة » عقلاً ومنطقاً . **فما هي المخاطر المحتملة بالنسبة للحمل لحساب الغير؟** .

ـ بالنسبة للأم « الحاملة »:

لا ريب في أن للحمل في حد ذاته مخاطره بالنسبة للحامل . والأم « الحاملة » في الحمل لحساب الغير لا تختلف ـ من هذه الناحية ـ عن أي « حامل » أخرى . فمخاطر الحمل ـ كقاعدة ـ واحدة تقريباً ـ وإن كانت هذه المخاطر تزيد نسبياً في الإنجاب الصناعي بوجه عام لكن المخاطر ـ في الإنجاب الصناعي ـ لا ترجع للحمل ذاته بقدر ما ترجع إلى وسيلة التلقيح المتبعة: خارج الرحم أو داخله أو تأجير الرحم . أما متاعب الحمل ذاته الصحية والنفسية ، وآلام الوضع وغير ذلك فهي ، تقريباً ، لا تختلف من حمل لآخر . وهي مخاطر يمكن القول أنها ـ بوجه عام ـ « مقبولة » .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولا يكاد يتميز الحمل لحساب الغير ـ من هذه الناحية ـ عن الحمل بوجه عام إلا في خضوع الأم « الحاملة » لسيطرة ، الأم صاحبة البويضة . الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن جسد المرأة الحاملة أصبح مجرد « أداة » لصنع « ولد » . فهو يقوم بدور وظيفة مؤقتة هي إنجاب « ولد » ، ثم ينتهي دوره عند هذا الحد . وهو حتى ، في قيامه بهذا الدور ، ليس « حراً » ، وإنما يخضع لتوجيهات وأوامر المرأة صاحبة البويضة .

والحقيقة أن هذه المخاطر ، وإن كانت تكفي للشك حول مشروعية الحمل لحساب الغير من الناحيتين الأخلاقية والدينية ، إلا أنها لا تكفي ، في نظرنا ، للقول ببطلانه من الناحية القانونية . فالعامل ، في عقد العمل ، يخضع لتوجيهات وأوامر رب العمل ، ولم يقل أحد ببطلان العقد بسبب ذلك . بل إن ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود وهو رابطة التبعية القانونية بين كل من العامل ورب العمل . فالخضوع للسيطرة في حد ذاته لا يُعتبر إذن خطراً غير مقبول ، ومن ثم لا يجعل المحل غير مشروع من هذه الناحية .

ـ بالنسبة للولد:

لعل ما يميز الحمل لحساب الغير هو أن محل التصرف مُتعدد: أو بالأدق مُركب . فالتصرف لا يرد على جسد المرأة الحاملة وحدها ، بل يرد أيضاً على الطفل نفسه . فالطفل يحتل مكانة بارزة في نظام الحمل لحساب الغير . ولا عجب في ذلك ، إذ أن الطفل هو « المحرك » للعملية ذاتها من البداية .

وإذا كانت المخاطر ، في نظام الحمل لحساب الغير ، « مقبولة » بالنسبة للأم « الحاملة » ، فإنها ـ على العكس ـ تبدو غير مقبولة بالنسبة للطفل . ولا نقصد ـ هنا ـ احتمال إصابة الطفل بأمراض وراثية ، أو تشوهات خلْقيّة . فتلك مخاطر « مقبولة » ، فضلاً عن أنها واحدة في الحمل أياً كانت وسيلته . لكننا نقصد نوعية أخرى من المخاطر:

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ـ **الترك**: يقوم نظام الحمل لحساب الغير ، في جوهره ، على أساس أن تقوم المرأة « الحاملة » بتسليم الطفل إلى المرأة الأخرى التي أوصت عليه بعد ولادته مباشرة وهو ـ عملاً ـ نوع من الهجر أو الترك من جانب الأم لوليدها . وهي ظاهرة قد تكون لها آثارها السيئة على نفسية الولد فيما بعد ، بل وقد تترك بعض الآثار التي لا تزول .

ـ **رفض تسليم الولد**: ذكرنا أن الأم « الحاملة » تلتزم ـ طبقاً لنظام الحمل لحساب الغير ـ بتسليم المولود بعد ولادته للمرأة صاحبة البويضة . لكن الأم « الحاملة » قد ترفض تنفيذ هذا الإلتزام ، وتمتنع عن تسليم المولود للمرأة الأخرى لتحتفظ بالولد لنفسها[1] . ولا ريب في أن مثل هذا الوضع يؤثر سلباً ، وبالضرورة ، على المولود نفسياً واجتماعياً ، بل وقد يؤثر ـ قانوناً ـ على نسبه الحقيقي .

ـ **رفض تسلم الولد**: قد تبادر الأم « الحاملة » بتسليم الأم صاحبة البويضة « المولود » حسب الاتفاق . لكن قد ترفض هذه الأخيرة تسلمه لأي سبب كان . كما إذا كان مصاباً بتشوهات خطيرة ، إذا كان المولود « أنثى » وهي تريد ولداً . . . وهكذا يجد المولود نفسه غير مرغوب فيه من أي من الأسرتين ، ويُصبح ـ مؤقتاً على الأقل ـ دون أسرة تأويه . وهي مخاطر قطعاً غير مقبولة لما قد تؤدي إليه من نتائج سيئة بالنسبة للمولود على كافة المستويات: الأسرى ، الاجتماعي ، النفس ، القانوني .

والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن هذه المخاطر في مجموعها « غير مقبولة » من الناحيتين الاجتماعية والأخلاقية . إذ هي لا وجود لها إلا في الحمل لحساب الغير ، بينما لا أثر لها إطلاقاً في الحمل بوجه عام . وإذا كان يجوز التعامل في جسم الإنسان إذا كانت المخاطر المترتبة على التصرف تعتبر « مقبولة » ، فإنه لا يجوز الإتفاق على الحمل لحساب الغير لما يترتب عليه

---

(١) وهي الحالة المشهورة في الولايات المتحدة الأمريكية والمعروفة باسم: Baby M .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

من مخاطر غير مقبولة . بعبارة أخرى ، أن القاعدة هي عدم جواز التعامل في جسم الإنسان لماله من « حرمة » خاصة . ومن ثم لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا إذا كانت المخاطر المترتبة على التصرف « بسيطة » Minime أما إذا كانت المخاطر جسيمة فلا يجوز التصرف لأنه يؤدي إلى المساس بجسم الإنسان . ويكون التصرف ـ حينئذ ـ باطلاً لعدم مشروعية المحل . وهو الحكم الذي يجب تطبيقه على الحمل لحساب الغير . فالمحل ـ هنا ـ ليس جسد الأم « الحاملة » فقط ، وإنما أيضاً الطفل المولود أيضاً . وإذا كان التصرف الوارد على جسم الإنسان ، في الحمل لحساب الأخير ، لا يترتب عليه مخاطر جسيمة بالنسبة للأم « الحاملة » فإنه يُرتب ـ على العكس ـ مخاطر غير مقبولة بالنسبة للطفل نفسه . وبناء على ذلك ، يمكن القول ببطلان الحمل لحساب الغير لعدم مشروعية المحل .

ب ـ عدم مشروعية السبب:

(١٦٧) إذا كان عقد الحمل لحساب الغير باطلاً ـ في رأينا ـ لعدم مشروعية الحمل ، فإنه باطل أيضاً لعدم مشروعية السبب ، فالأم « الحاملة » تلتزم ـ هنا ـ إما للحصول على مقابل نقدي ، أو تبرعاً منها لمساعدة امرأة تعاني من العقم لأي سبب (نية التبرع) . وتلتزم المرأة التي أوصت على المولود بهدف الحصول على المولود ونسبته إليها . فسبب التزام « الأم الحاملة » بحمل الطفل وتسليمه بعد ولادته هو أذاً إما الحصول على مقابل نقدي ، وإما نية التبرع . وسبب التزام الأم التي أوصت على المولود هو حصولها على المولود ونسبته إليه . لكن سبب التزام الأخيرة بدفع مبلغ من النقود هو سبب غير مشروع إذ هي تهدف الى نسبة الطفل إليها على غير الحقيقة . ومن ذلك نرى أن الالتزام لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، بالرغم من أن الإلتزام في ذاته مشروع . فالإلتزام بدفع مبلغ من النقود في حد ذاته هو التزام مشروع بالنظر إلى محله . أما السبب : هو الحصول على المولود ونسبته إلى غير أمه الحقيقية فهو ـ دون شك ـ سبب غير مشروع . فأحكام النسب ـ كما رأينا ـ تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لا يجور الإنفاق على تعديل

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أحكامها ، ونسبة المولود إلى غير أمه الحقيقية (التي حملته) .

٢ ـ آثار البطلان :

(١٦٨) انتهينا ـ بعد التحليل السابق ـ إلى القول ببطلان عقد الحمل لحساب الغير ، أو تأجير الرحم كما يسميه البعض . لكن القول بالبطلان لا يكفي ، إطلاقاً ، لحل كافة المشاكل التي يُثيرها هذا النظام . بل لا أجاوز الحقيقة إذا قلت أنه سبب معظم الصعوبات .

فالبطلان له ، كقاعدة عامة ، أثر رجعي . بمعنى أن بطلان العقد يؤدي إلى عودة المتعاقدين إلى نقطة البدء التي كانا عليها قبل التعاقد . لكن تطبيق هذه القاعدة على العقود الزمنية أو المستمرة يكاد يكون مستحيلاً . فالقاعدة أن ما مضى من الزمن لا يعود . وتكمن الصعوبة الحقيقية في أن الآثار التي ترتبت على العقد قبل تقرير بطلانه أصبحت حقيقة واقعة يستحيل « إزالتها » عملاً . ولذلك يجب تصفيتها في ضوء القواعد العامة ، وليس على أساس اعتبار العقد صحيحاً قبل تقرير بطلانه . فالعقد باطل منذ نشأتـه ، والعقد الباطل لا يُرتب آثاراً . فالبطلان « جرثومة » ، إذا جاز التعبير ، تلازم العقد منذ نشأته .

مثل هذا القول يصدق تمـاماً على الحمـل لحساب الغيـر . فبطلان العقد ، لا يمنع من أن العقد قد رتب آثاراً يستحيل إزالتها لمجرد القـول بالبطلان . لا صعوبة في الأمر ـ بداهة ـ إذا تقرر البطلان قبل تلقيح البويضة المؤنثة بالبويضة المذكرة خارج الرحم in vitro ، أو حتى بعد التلقيح وقبل زرع البويضة الملقحة في رحم المرأة « الحاملة »[1] . إذ يجب ـ في هذه الحالة ـ وقف عملية التلقيح أو الزرع وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا

---

(١) وإن كان مصير البويضة الملقحة يظل مجهولاً في هذه الحالة ، فالفرض أن المرأة صاحبة البويضة غير قادرة على الحمل لسبب أو لآخر بالرغم من قدرتها على التبييض وقد تتبرع بها ـ حينئذ ـ لأحدها الأبحاث الطبية ، أو تتخلص منها بإتلافها ، ولكل فـرض أحكامـه وقواعده حسب ما رأينا تفصيلاً من قبل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عليها قبل التعاقد أما الصعوبة الحقيقية فتبدو في حالة تقرير البطلان بعد حدوث الحمل بإتمام عملية الزرع ، أو بعد ولادة الطفل محل الإتفاق . إذ يجب ، في هذا الفرض ، تحديد مصير الطفل بتحديد نسبه .

والحقيقة أن الأمر يبدو في غاية الدقة ، فالصعوبة لا ترجع فقط إلى تحديد الأم الحقيقية ـ على فرض بطلان العقد ـ للمولود ، وإنما أيضاً ـ وربما بدرجة أكبر ـ إلى تحديد الأب الحقيقي للمولود .

أ ـ من هي الأم؟

(١٦٩) لا يُولد الطفل عموماً إلا بعد المرور بمرحلتين ، أو باجتماع عنصرين: بويضة مؤنثة ملقحة ، ثم حمل هذه البويضة مدة زمنية معينة (٩ شهور غالباً) تنتهي بالوضع . هذا هو الوضع الطبيعي بالنسبة لإنجاب طفل بوجه عام . لكن الحمل لحساب الغير « يخرج » على هذا الوضع الطبيعي والمألوف: فالبويضة لامرأة ، والحمل والوضع تقومان بهما امرأة أخرى لحساب الأولى . وهكذا تشترك إمرأتان معاً في إنجاب طفل واحد: إحداهما تساهم بالبويضة ، والأخرى تقوم بالحمل والوضع . فمن هي الأم الحقيقية للمولود؟ .

نكتفي بالإشارة ـ هنا ـ على أمل الرجوع إلى هذا الموضوع تفصيلاً فيما بعد[1] إلى أنه إذا كان لا بد من الاختيار ، فإن الكفة تميل لصالح تلك التي حملت الطفل ، وعانت آلام الوضع لقوله سبحانه وتعالى: « إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم » ، وقوله: « ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن ». ولذلك لا مناص من القول باستبعاد المرأة صاحبة البويضة ، واعتبار المرأة التي حملت ووضعت هي الأم الحقيقية للمولود .

(١) راجع ما يلي، فقرة رقم ٢١٨

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ب ـ من هو الأب؟

(١٧٠) انتهينا إلى أن الكفة ـ عند الترجيح ـ تميل لصالح المرأة التي قامت بالحمل والوضع . لكن هذا الحل يؤدي إلى خلق مشكلة عملية هامة قد لا تجد حلاً ، فضلاً عن أنه قد يبدو في غير صالح المولود نفسه في أكثر من ناحية . فالفرض ، في نظام الحمل لحساب الغير ، أن التلقيح قد تم بين زوجين خارج الرحم in vetro ، ثم تم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى . على أن تتولى هذه الأخيرة القيام بالحمل والوضع ، ثم « رد » المولود إلى الزوجين بعد ولادته .

وإذا كان الراجح أن أم المولود هي التي حملته ووضعته ، فمن هو الأب؟ لا ريب في أن الطفل يجب أن يُنسب ـ شرعاً وقانوناً ـ إلى أبويه . وإذا كنا قد استطعنا تحديد نسب المولود من جهة الأم ، فإنه يبقى تحديد نسبه من جهة الأب .

لا ريب في أن الأب الحقيقي للمولود ، بيولوجياً ، هو زوج المرأة صاحبة البويضة . فالبويضة الملقحة ، والتي تم زرعها في رحم المرأة « الحاملة » ، تُنسب إلى الزوجين معاً: بويضة مؤنثة من الزوجة تم تلقيحها في أنبوب ببويضة مذكرة من الزوج . لكن اعتبار هذا الزوج أباً للمولود من الناحيتين الشرعية والقانونية يؤدي إلى صعوبة عملية كبيرة . فهذا الرجل « زوج » للمرأة صاحبة البويضة وليس زوجاً للمرأة التي قامت بالحمل والوضع . ومن ثم ، فإذا أمكن القول باعتبار المرأة التي حملت ووضعت هي « الأم » الحقيقية للمولود ، فإنه يستحيل ، شرعاً وقانوناً ، اعتبار الزوج صاحب البويضة المذكرة « أباً » قانونياً للمولود . ويرجع ذلك لسبب بسيط هو أنه ليس زوجاً لأم المولود ـ ويستحيل ـ شرعاً وقانوناً ـ نسبة الولد ـ من جهة الأب ـ لرجل ليس بينه وبين أمه علاقة زواج شرعية .

وهكذا قد يجد المولود نفسه دون أب: فأبوه الحقيقي صاحب البويضة المذكرة لا تربطه بأمه التي حملته رابطة زوجية ، كما أن زوج أمه التي حملته

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لا تربطه به علاقة حقيقية . إذ هو ليس صاحب البويضة المذكرة . ونسبة المولود له يخالف الحقيقة والأخلاق . رغم إمكانية ذلك من الناحية القانونية . إذ يثبت النسب من الرجل بالزواج الصحيح « الفراش الصحيح »[1] . إذ يكفي لثبوت النسب ـ في هذه الحالة ـ أن تكون الزوجية قائمة بين الرجل والمرأة وقت ابتداء الحمل ، وأن تكون هذه الزوجية يتصور، عادة، أن يكون الولد منها ، وعندئذ يثبت نسب كل ما تأتي به المرأة من أولاد لزوجها ، إلا إذا نفى الزوج نسب المولود إليه حسب الشروط المقررة شرعاً[2] .

فإذا لم تتوافر شروط ثبوت النسب من الفرض السابق ، كأن تكون المرأة قد ولدت لمدة أقل من ستة أشهر بعد زواج صحيح ، أو حدث الحمل قبل الزواج ، فقد يُقر زوج المرأة التي حملت المولود « أمه » بثبوت نسب الولد له . أي يقر بأبوته له . لكن الإقرار ـ هنا ـ غير صحيح . إذ يشترط لصحته أن يكون الولد مجهول النسب « لا يُعرف له أب »[3] .

فإذا كان للمولود أب معروف ، فلا يثبت نسبه من المقر . ولا ريب في أن الأب الحقيقي للمولود معروف . وهو زوج المرأة صاحبة البويضة . ولذلك ليس أمام المولود ، والحال هكذا ، إلا أن يتزوج أبوه الحقيقي من أمه التي حملته إذا لم تكن متزوجة ، ثم يقوم الأب بإقرار نسب الولد إليه . ولعل هذا هو الدافع الرئيسي الذي جعل المجمع الفقهي ـ في وقت ما ـ يُجيز الحمل لحساب الغير إذا كانت المتطوعة بالحمل زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة ، وكانت البويضة المؤنثة ـ والتي تم تلقيحها بنطفة الزوج ـ لزوجة أخرى . وهنا لا تثور صعوبة تذكر بالنسبة لتحديد نسب الولد لجهة الأب كما هو الحال في الفروض الأخرى . لكن التنازع بين الزوجة صاحبة البويضة ،

---

(١) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٢) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ١٩ .
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٢ .

(٣) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

والزوجة التي تطوعت بالحمل يبقى قائماً . الأمر الذي جعل المجمع الفقهي يُحرم الفرض السابق أيضاً لأنه يترتب عليه اختلاط الأنساب لجهة الأم .

لكل ذلك ، يبدو أن اعتبار المرأة صاحبة البويضة هي « أم » المولود هو الحل الأفضل ـ من الناحية العملية ـ بالنسبة للمولود نفسه . إذ يسمح مثل هذا الحل بنسبة المولود لأبيه الحقيقي شرعاً ، وهو زوج المرأة صاحبة البويضة التي تم تلقيحها بنطفته . وإذا كانت الكفة تميل لصالح المرأة التي وضعت الطفل وحملته بالمقارنة بالمرأة صاحبة البويضة ، إلا أن أخذ مصالح الطفل في الإعتبار قد تُرجح ـ عملاً ـ كفة المرأة صاحبة البويضة .

ويترتب على ذلك أن التساؤل قد أصبح ـ في ثوبه الجديد ـ كالتالي : هل تعتبر المرأة التي تبرعت بالحمل هي الأم الحقيقية للمولود مع استحالة ، أو على الأقل صعوبة ، تحديد نسبه لجهة الأب ، أم تعتبر المرأة صاحبة البويضة هي أم المولود مع ما يترتب على ذلك من تأكيد نسبه لجهة الأب؟ يلاحظ أن المرأة التي تبرعت بالحمل وهي التي عانت صعوبات الحمل وآلام الوضع وتغذى الجنين منها تبدو أكثر التصاقاً بالمولود . ومن هنا ، يبدو أن مصلحة الطفل تقتضي إبقاؤه معها . لكن اعتبارها « أماً » له سيقلل كثيراً من إمكانية تحديد نسبه لجهة الأب . أما المرأة صاحبة البويضة ـ وإن كانت تُعتبر ـ عملاً ـ بعيدة تماماً عن الجنين ، لكنها ليست غريبة عنه . فهي « أمه » البيولوجية ، وقد يحمل صفاتها ويتأثر بخصائصها ، كما أن اعتبارها « أماً » سيؤكد نسب الطفل لجهة الأب .

وهكذا يبدو أن مصلحة الطفل هي أحد العناصر الرئيسية التي يتوقف عليها تحديد « الأم » الحقيقية للمولود من الناحيتين القانونية والشرعية . فأمه الحقيقية هي التي حملته ووضعته ، وسيكون الطفل ، بالتالي ، أكثر ارتباطاً وتعلقاً بها . ومن مصلحة الطفل ـ من هذه الناحية ـ إبقاؤه معها ، واعتبارها

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

« أماً » له من الناحية القانونية وكذلك الشرعية . لكن الصعوبة تكمن ـ هنا ـ في استحالة نسبة الطفل إلى « زوج » هذه المرأة التي تطوعت بالحمل ، إلا إذا سكت ولم يُنكر نسبه إليه ، وهو أمر غير مؤكد . ولا شك في أن إنكار نسب الطفل يعرض مصالحه للخطر . وحتى إذا سكت ، فهو يعلم جيداً أن الطفل ليس منه حقيقة ، وقد يؤثر ذلك على مسلكه تجاهه ، بل وقد يؤثر على الطفل نفسه عندما يشب عن الطوق . أما المرأة صاحبة البويضة ، ففضلاً عن أنها ليست غريبة تماماً عن الطفل ، فإن اعتبارها « أماً » له من الناحية القانونية سيؤكد نسبه ، في الوقت نفسه ، لأبيه الحقيقي . وهو زوج المرأة صاحبة البويضة ، وصاحب النطفة التي تم تلقيح البويضة المؤنثة بها .

ح ـ التنازع بين المرأة التي تطوعت بالحمل والمرأة صاحبة البويضة

(١٧١) رأينا أن الحمل لحساب الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه امرأة بحمل بويضة ملقحة يتم زراعتها في رحمها لحساب زوجين (صاحبا البويضة) ، وتسليم الطفل بعد ولادته إلى هذين الزوجين . والقول ببطلان العقد ، شرعاً وقانوناً ، لا يحل كافة الصعوبات التي قد تترتب على اتباع هذه الوسيلة في التلقيح الصناعي . ويمكن حصر هذه الصعوبات في ثلاث:

ـ رفض المتطوعة بالحمل تنفيذ التزامها الناتج عن العقد:

ينحصر التزام المرأة التي تطوعت بالحمل في أمرين: الحمل ، وتسليم المولود بعد ولادته . وقد ترفض هذه المرأة ، بعد الاتفاق ، تنفيذ التزامها الناتج عن العقد .وقد يتمثل الإخلال بالالتزام في رفضها الخضوع لعملية زرع البويضة الملقحة في رحمها (رفض الحمل) . وقد ترفض تسليم الطفل بعد ولادته .

فإذا ما رفضت الحمل برفضها زرع البويضة في رحمها ، فلا يجوز إجبارها على تنفيذ التزامها تنفيذاً عينياً . فالتنفيذ الغيبي يستحيل الأخذ به من الناحية العملية لتعلق الأمر بالتزام يقع على جسم الإنسان . والقاعدة أن المدين لا يُجبر على تنفيذ التزامه عيناً إلا إذا كان ذلك ممكناً . فإذا استحال

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ذلك ، أو كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، جاز له أن تقتصر على دفع تعويض نقدي[1] .

وإذا كان التنفيذ بطريق التعويض هو البديل للتنفيذ العيني إذا استحال هذا الأخير ، فما مدى إمكانية الحكم على المرأة المتطوعة بالحمل بتعويض نقدي إذا رفضت تنفيذ التزامها؟ انتهينا إلى القول ببطلان عقد الحمل لحساب الغير . والعقد الباطل لا وجود له من الناحية القانونية بهذه الصفة . وهو بهذه الصورة لا ينتج أية آثار قانونية تترتب عليه باعتباره عقداً كقاعدة عامة . ويترتب على ذلك أنه ليس هناك أي التزام على عاتق المرأة « الحاملة » حتى يمكن القول بإخلالهابالتزامها . إذ يجب - حتى يمكن اعتبارها قد أخلت بالتزامها - أن يوجد التزام حقيقي ناتج عن عقد صحيح . لكن رفض زرع البويضة من جانب المرأة « الحاملة » قد يُعتبر - في بعض الحالات - خطأ تقصيرياً تلتزم - من ثم - بتعويض الأضرار الناتجة عنه .

- رفض تسليم الطفل بعد ولادته :

قد تقبل الأم « الحاملة » زرع البويضة الملقحة في رحمها ، لكنها ترفض - بعد الولادة - تسليم الطفل إلى الزوجين صاحبا البويضة . لا يمكن القول - قانوناً - بإلزامها تسليم **الطفل** حسب العقد الذي يربطها بالزوجين . فالعقد ، كما رأينا ، باطل ، والعقد الباطل لا يُرتب - كقاعدة آثاره . ومن ثم ، ليس هناك أي التزام يمكن مطالبتها بتنفيذه . لكن مثل هذا القول لم يحل بعد المشكلة . فوجود الطفل أصبح حقيقة مادية يستحيل تجاهلها ، ومن ثم يجب أن نحدد نسبه في ضوء القواعد العامة ، وليس على أساس أحكام عقد باطل . ويتم تحديد أم المولود - في هذه الحالة - حسب القواعد التي سنعرض لها فيما بعد[2] .

---

(١) راجع مادة ٢٨٤ مدني كويتي ، ومادة ٢٠٣ مدني مصري .

(٠) وقد حسمت إحدى المحاكم في ولاية نيو جرسي في الولايات المتحدة الأمريكية النزاع لصالح الزوجين . وقد استندت في ذلك ، من ناحية ، على أن العقد المبرم بين الطرفين (الزوجين والمرأة « الحاملة ») صحيح ، ومن ناحية أخرى على أساس أن الرجل له حق =

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

- رفض تسلم الطفل:

قد ترفض الأم صاحبة البويضة تسلم الطفل بعد ولادته من المرأة التي حملته ووضعته على عكس الاتفاق المُبرم عليهما . وقد يكون الرفض لإصابة الطفل تشوهات أو أمراض معينة ، أو لأنه بنت وهي ترغب في ولد أو العكس ، أو لمجرد عدولها عن رغبتها السابقة . وهنا أيضاً تُحسم المشكلة في ضوء تحديد الأم الحقيقية للمولود بصرف النظر على بنود العقد المبرم بين الطرفين لأنه باطل بطلاناً مطلقاً .

وقد تصل « المهزلة » أقصى درجاتها إذا رفضت كلتا المرأتين الاحتفاظ بالمولود - فالمرأة « الحاملة » تدعي أنه دورها انتهى ، حسب الإتفاق ، عند ولادة الطفل . فهي لم تلتزم إلا بحمل البويضة ووضع الجنين ، ثم تسليمه - بعد ولادته - إلى المرأة صاحبة البويضة . فالتزامها إذن ينتهي - زمنياً - بمجرد الولادة ، ليبدأ بعد ذلك التزام المرأة صاحبة البويضة باستلام الطفل ورعايته وتربيته طوال حياته . والمرأة صاحبة البويضة ترفض « استلام » الطفل لسبب أو لآخر . وقد تستند في ذلك على بطلان العقد ذاته الذي يجمعها والمرأة « الحاملة » .

لكن النسب ليس « لعبة » في يد البعض يهبها لمن يشاء ويمنعها من يشاء ، وإنما رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة . لذلك لم يدعها الشارع الكريم نهباً للعواطف والأهواء ، وإنما أعطاها المزيد من عنايته ، وأحاطها بسياج منيع يحميها من التلاعب ، ويجعلها بمنأى عن الفساد والاضطراب . ولذلك يجب أن تُحدد الأم الحقيقية للمولود على أساس ما وضعه الشارع من أحكام وأسس سليمة وليس على أساس قبول هذه ورفض تلك . وتلتزم الأم الحقيقية بنسبة الولد إليها . فالنسب حق للولد تماماً

= بيع نطفته ، والمرأة لها حق في التصرف في طاقاتها التناسلية ، مشار إليه في بودوين وريو ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كما هو حق لها وحق للأب . والنسب حق للولد لاحتياجه لدفع العار عن نفسه ، ولأن ثبوت نسبه يستتبع للولد حقوقاً كالرضاع والحضانة والإرث وغير ذلك من الحقوق التي أثبتها له الشرع كما أثبتته له القوانين الوضعية .

ويثبت نسب الولد من أمه بالولادة ، ولا يتوقف على شيء آخر . لا فرق في ذلك بين أن تكون الولادة من زواج صحيح ، أو من زواج فاسد ، أو حتى من سفاح[1] . ويترتب على ذلك التزام المرأة التي حملت الطفل ووضعته بنسبته إليها ، ورعايته وتربيته في المرحلة التالية ، وإلا تعرضت لجزاءات معينة نص عليها المشرع في نصوص متفرقة . هذا بالرغم من أن المرأة التي ترفض نسبة وليدها إليها لا تستحق شرف الأمومة . فهو شرف عظيم ، وأمنية غالية لا تستحقه من جحدت وليدها . ولولا مصلحة الطفل نفسه ، لاستكثرنا عليها أن تحمل مثل هذا الشرف! .

الفرع الثاني

الجزاء الجنائي

(١٧٢) رأينا أن اللجوء إلى الإنجاب الصناعي قد يؤدي - في ضوء القواعد العامة - إلى توقيع بضع الجزاءات المدنية على هذا الطرف أو ذاك . مثال ذلك الحكم ببطلان العقد ، والحكم بالتعويض للطفل ضد الطبيب أو والديه أو المتبرع ، أو للوالدين ضد الطبيب أو المتبرع على حسب الأحوال . ويمكن - من ناحية أخرى - توقيع بعض الجزاءات الجنائية إذا توافرت الشروط المقررة طبقاً للقواعد العامة . كما يمكن - أيضاً - التفكير في بعض الجزاءات الخاصة الملائمة لكي يأخذ بها المشرع في المستقبل إذا ما أراد التدخل لتنظيم موضوع الإنجاب الصناعي بقواعد خاصة .

---

(١) أحمد الغندور، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الأول

القواعد العامة

(١٧٣) قد يكون اللجوء إلى التلقيح الصناعي ، جريمة جنائية يعاقب عليها القانون إذا توافرت ـ بداهة ـ الشروط المقررة قانوناً . ونعرض فيما يلي لبعض الفروض التي قد تُعتبر جريمة ، في حالة اللجوء إلى الإنجاب الصناعي ، طبقاً للقواعد العامة .

أولاً : جريمة الزنا :

(١٧٤) الحدود ـ شرعاً ـ هي العقوبات المحددة المقدرة الثابتة بنص قرآني أو حديث نبوي في جرائم يكون فيها اعتداء على حق الله تعالى[١] . ويرى المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أنه يصح تفسير حق الله تعالى ـ هنا ـ بحق المجتمع ذلك لأن الله تعالى « ما أمر بما أمر ، وما نهى عما نهى إلا لإيجاد مجتمع فاضل تسوده الفضيلة ، وتختفي فيه الرذيلة ، ويمكن كل آحاده من القيام فيه بما عليه من واجبات ، ويستمتعون بما لهم من حقوق من غير مانع يمنعهم إلا ما يكون بأمر من الله تعالى . وكل ما يمس هذا المجتمع الفاضل بحيث يعرضه لشيوع الفساد فيه ، والتنابذ والتدابر ، وتمكين الظالمين ، يكون اعتداء على حق الله تعالى . . . »[٢] . ولذلك نجد الحدود كلها تتجه إلى حماية المجتمع ، لأنها حماية في ذات الوقت لحقوق الله تعالى .

والعقوبات التي اعتبرت حدوداً هي : حد الزنى ، حد القذف ، حد الشرب ، حد السرقة ، حد قطع الطريق ، وحد الردة . وقد سُميت العقوبات في هذه الجرائم حدوداً لأنها محدودة مقدرة بتقدير الله تعالى ، ليس لأحد أن يزيد عليها أو ينقص منها ولأنها حدود قائمة فاصلة بين الحق والبطال .

---

(١) راجع الشيخ محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، العقوبة ، دار الفكر العربي ، بدون سنة نشر ، ص ٩٠ ، رقم ٥٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٩١ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وهكذا فإن عقوبة الزنى هي أحد الحدود المقررة بنصوص القرآن والسنّة .

١ ـ تعريف جريمة الزنا :

(١٧٥) لا ريب في أن الزنا حرام ، وهو من الكبائر العظام لقوله تعالى : ﴿ **ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً** ﴾[١] . وتعاقب الشريعة الإسلامية على الزنا باعتباره رذيلة في ذاته ، بصرف النظر عن تعدي أثره إلى الغير .

والزنا ، شرعاً ، هو وطء مكلف عامد عالم بالتحريم في فرج محرم لعينه مشتهى بالطبع مع الخلو من الشبهة ولو لم يكن معه إنزال[٢] . ومن هذا التعريف يتضح أن جوهر جريمة الزنا ، من الناحية الشرعية ، هو الوطء ، أي إيلاج الحشفة ، أي رأس الذكر[٣] ، في فرج محرم لعينه[٤] . أما الإيلاج في فرج محرم بصفة عارضة ، كالزوجة في الحيض والصوم والإحرام ، فليس بزنا ، وإن كان ـ بداهة ـ حراماً .

أما القانون فلم يعرف جريمة الزنا ، واكتفى بالنص على أن : « المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن

---

(١) سورة الإسراء ، آية رقم ٣٢ .

(٢) حاشية الباجوري ، جزء ٢ ، ص ٢٣٣ ـ السيد سابق ، فقه السنة ، الجزء الثاني ، مكتبة دار التراث ، بدون سنة نشر ، ص ٣٤٤ .

(٣) أو قدرها من مقطوعها .

(٤) أما الوطء في الدبر فهو لواط وليس بزنا وقد اتفق علماء الشريعة على أنه فاحشة من الكبائر العظيمة ، لدرجة أن مالكاً ـ رحمه الله ـ أوجب فيه الرجم للفاعل والمفعول جميعاً ، محصناً كان أم غير محصن . أما الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ فقد اعتبره زنا ، ومن ثم رتب عليه حد الزنا بالنسبة للفاعل فقط ، أما المفعول به فيجلد ويغرم إن كان مكلفاً طائعاً محصناً أم غير محصن ، ذكراً أم أنثى ، راجع :

ـ حاشية الباجوري ، جزء ٤ ، ص ٧٣٧ . و قال أبو حنيفة رضي الله عنه : الواجب في اللواط التعزير بما يراه الحاكم من التعازير ، ومعلوم أنه يستطيع في التعزير أن يصل إلى القتل ، لكن تنفيذه لا يكون حداً ، بل تعزيراً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت[١] . وبالرغم من عدم تعريف المشرع لجريمة الزنا قانوناً ، فالمسلم به دون خلاف أن جريمة الزنا تشترك مع جناية الاغتصاب في شرط الوطء . فهي إذن لا تقوم ، كما هو الحال شرعاً ، إلا بحصول الوطء فعلاً بالطريق الطبيعي[٢] . وهي جريمة لا شروع فيها . فهي جنحة ولا عقاب على الشروع في الجنح إلا بنص ، ولا نص في هذه الحالة[٣] .

يلاحظ أن القانون المصري يعاقب على الشروع في الجنح المادة ٤٥ عقوبات .

فالإيلاج هو الفعل المميز لجريمة الزنا ، أما ما دون ذلك من الأفعال ، فلا يُعد من قبيل الزنا . ومن ثم ، فملامسة فرج المرأة من الخارج دون إيلاج لا يُعد زنا ، ولو أدى الأمر إلى « القذف » أو حتى حصول الحمل . لكنه لا يُشترط في الإيلاج ، حتى تتحقق جريمة الزنا ، أن يكون كاملاً . فيكفي الإيلاج ولو بجزء بسيط من عضو التذكير[٤] .

وبالمقارنة بين الوضع في كل من الشريعة والقانون ، يتضح بجلاء أن جريمة الزنا أعم بكثير في الشريعة الإسلامية منه في القانونين المصري والكويتي . فالزنا لا يُعاقب عليه ـ قانوناً ـ إلا إذا كان من ارتكب جريمة الزنا

---

(١) مادة ٢٧٤ عقوبات مصري . وتنص المادة ٢٧٧ على زنا الزوج أيضاً . لكن الزوج لا يعاقب إلا إذا وقعت جريمة الزنا في منزل الزوجية ، كما أن عقوبته لا تزيد على ستة أشهر .

(٢) محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة الثامنة ، ١٩٨٤ .
وكذلك : سمير الشناوي ، شرح قانون الجزاء الكويتي ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٥ ، ص ٣٠٥ وما بعدها .

(٣) أحمد حافظ نور ، جريمة الزنا في القانون المصري والقانون المقارن ، ١٩٥٨ ، ص ١٣ .
راجع أيضا نص المادة ٤٧ عقوبات مصري التي تقرر أنه : «تعين قانونا الجنح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك عقوبة الشروع».

(٤) وفي هذا المعنى تقول محكمة التمييز الكويتية : » الإيلاج الجزئي يعد مواقعة ، ولا يلزم الإيلاج الكامل . . . » ، مجلة القانون والقضاء ، السنة ٨ ، ص ١٩٥ ، رقم ٥٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

متزوجاً . إذ إن القانون يريد بالعقاب حماية العلاقة الزوجية بعدم تدنيس فراش الزوجية ، وعدم تهديد كيان الأسرة بما قد يؤدي إلى قطع العلاقة الزوجية ، فتنهار الأسرة ويتشرد الأولاد ، ويتعرضون لسوء التربية . أما الشريعة الإسلامية فتعاقب على كل اتصال جنسي قائم على أساس غير شرعي[1] .

كما أن الشريعة تعاقب على الزنا أياً كان مكان وقوعها ، وسواء كان في منزل الزوجية أم لا ، في حين لا يُعاقب القانون عليها إذا وقعت بين الزوج إلا إذا وقعت في منزل الزوجية . هذا بالإضافة إلى أن **عقوبة جريمة الزنا في** القانون هي الحبس مدة لا تزيد على سنتين للزوجة ، وستة شهور للزوج ، في حين عقوبتها في الشريعة هي الرجم أو الجلد ، أو الجلد والتغريب حسب الأحوال[2] .

وإذا كان جوهر الزنا ، شرعاً وقانوناً ، هو حدوث الوطء بالفعل بالطريق الطبيعي ، فإن تلقيح زوجة صناعياً بنطفة مذكرة لرجل آخر غير زوجها لا يُعتبر مكوّناً لجريمة الزنا ، شرعاً أو قانوناً . فالتلقيح بهذه الطريقة ، وإن كان يؤدي إلى ضياع الأنساب واختلاطها كالزنا تماماً ، لكنه يفتقد العنصر الجوهري الذي لا قيام للزنا بدونه وهو الاتصال الجنسي بالطريق الطبيعي . بالرغم من أن نتيجتها واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية . « ولولا قصور في صورة الجريمة ، لكان حكم التلقيح في تلك لحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية ، ونزلت به كتب السماء »[3] . لكن مثل هذا الفعل يكون في نظر الشريعة الأسلامية ـ ذات التنظيم الإنساني الكريم ـ جريمة منكرة ، وإثماً عظيماً ، يلتقي مع الزنا في إطار واحد . فهو ليس زنا ، وإنما هو شبيه

---

(١) سيد سابق ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ، جزء ٩ ، مكتبة القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٩ ، ص ٣٤ وما بعدها . ـ سيد سابق ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥ وما بعدها .

(٣) الشيخ محمود شلتوت ، الفتاوي ، ١٩٥٩ ، ص ٣٠٠ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بالزنا[1] . وهو بذلك فعل يوجب التعزير بما يراه الحاكم . وقد يصل التعزير إلى الرحم . وهو عقوبة الزنا ذاتها ، لكن تنفيذ العقوبة لا يكون حداً بل تعزيراً .

٢ ـ أثر موافقة الزوج :

(١٧٦) رأينا أن تلقيح الزوجة صناعياً بنطفة مذكرة لرجل آخر لا تربطها به زواج شرعي هو إثم عظيم يكاد يصل إلى حد الزنا . هذا على فرض أن التلقيح قد تم دون علم الزوج ، أو رغم إرادته . **أما من الناحية القانونية** ، فقد رأينا أن واقعة تلقيح الزوجة بنطفة رجل ليس زوجها لا تعتبر زنا لافتقادها لعنصر المباشرة الجنسية « الوطء » . كما أنها لا تعتبر جريمة اغتصاب . إذ إن جريمة الاغتصاب تقتضي مواقعة أنثى بغير رضاها (م٢٦٧ عقوبات مصري) . وهي تفترض ـ فضلاً عن القصد الجنائي ـ الوطء الطبيعي بإيلاج الجاني عضو التذكير في المكان المعد له في جسم الأنثى[2] ، وانعدام رضاء الأنثى . وكلاهما غير متوافر في واقعة التلقيح الصناعي . فهو ـ أي التلقيح ـ يتم دون مباشرة جنسية ، وبرضاء الزوجة كاملاً . كما أن واقعة التلقيح لا تعتبر ـ من ناحية أخرى ـ جريمة هتك عرض . إذ لا عقوبة على جريمة هتك العرض إلا إذا وقع بالقوة أو التهديد (م ٢٦٨ عقوبات مصري) . أما إذا وقع الفعل الماس بالحياء برضاء من وقع عليه ، فلا يُعد فاعله مرتكباً لجريمة هتك عرض . وتكون الواقعة غير معاقب عليها إلا إذا حصلت علناً ، فتكون جنحة فعل فاضح علني معاقب عليه بالمادة ٢٧٨ عقوبات . ولا يتصور أن تتم عملية التلقيح الصناعي علناً في مكان عام ، أو مكان خاص معرض لنظر الجمهور بحيث يستطيع من كان في الطريق العام مشاهدة ما يجري . وأخيراً فإن واقعة التلقيح لا تعتبر جريمة فعل فاضح في غير علانية حيث يشترط

---

(١) محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨١ ، ص ٥١٧ .

(٢) محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ ، فقرة رقم ٢٦٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لوقوعها انعدام رضاء الأنثى ، الأمر الذي لا يتوافر في التلقيح الصناعي عموماً (٧٩٢ ، عقوبات مصري) .

ولا يبقى سوى احتمال اعتبار واقعة تلقيح الزوجة من نطفة رجل ليس زوجها سوى اعتبارها جريمة هتك عرض بغير قوة إذا كانت الزوجة لم تبلغ - وقت التلقيح - ثماني عشرة سنة كاملة (م٢٦٩ عقوبات مصري) . مع ملاحظة أن مرتكب الفعل « فرضاً » - هنا - هو الطبيب القائم بعملية التلقيح ، وقد يكون اطلاعه على عورات مرضاه مباحاً شرعاً وقانوناً ، مما ينفي وصف الجريمة عن واقعة التلقيح .

لكن ما هو الحكم إذا كان الزوج على علم تام بواقعة تلقيح زوجته بنطفة رجل آخر ، وقد تم التلقيح بعلمه وموافقته الكاملة ؟ وهل ينفي رضاء الزوج عن الواقعة وصف الجريمة ؟ .

من الناحية القانونية ، لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية في جريمة الزنا - زنا الزوج أو وزنا الزوجة - إلا بناءً على شكوى من الزوج المجني عليه ، أو من يمثله . فهل يحق للزوج المجني عليه أن يشكو زوجته بالرغم من موافقته على الزنا عند وقوعه ، أو علمه به دون اعتراضه ؟ .

ذهبت بعض المحاكم ، في مصر ، إلى « أن جريمة الزنا هي في الحقيقة والواقع جريمة في حق الزوج المثلوم شرفه ، فإذا ثبت أن الزوج كان يسمح لزوجته بالزنا ، فمثل هذا الزوج لا يصح أن يُعتبر زوجاً حقيقة ، بل هو زوج شكلاً ، لأنه قد فرط في أهم حق من حقوقه وهو اختصاص الزوج بزوجته ، وما دام قد تنازل عن هذا الحق الأساسي المقرر أصلاً لحفظ كيان العائلة وضبط النسب ، فلا يصح أن يُعترف به كزوج ، وتُعتبر زوجته في حكم غير المتزوجة ، ومن ثم لا يُقبل منه كزوج أن يطلب محاكمة زوجته إذا زنت[1] .

(١) مصر الابتدائية ، ٩ مارس ١٩٤١ ، المحاماة ، س ٢١ ، رقم ٤٣٦ ، ص ٣٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن الفقه يرى أن هذا القضاء لا يستند هلى أساس قانوني[1] . إذ لا يوجد في القانون المصري نص يحرم الزوج من حق الشكوى ، أو يحول دون معاقبة الزانية متى قدمت الشكوى . وإذا كان رضاء المجني عليه ـ يُعتبر من أسباب الإباحة ، بشرط أن يكون الحق المعتدى عليه مما يجوز للمجني عليه التصرف فيه ، فإن حقوق الزوجية لا يجوز التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام . ومن ثم فإن رضاء الزوج بوقوع الزنا لا يُبرره .

أما في الشريعة الإسلامية ، فإنها تعاقب ـ كما رأينا ـ على الزنا باعتباره رذيلة في حد ذاته ، ونظراً لما يترتب عليه من آثار ضارة بالأسرة والمجتمع بوجه عام[2] . ومن ثم يبدو رضاء الزوج بارتكاب زوجته جريمة الزنا لا يُبرر وقوعها ، ولا يمنع من ثم ، من إقامة الحد المقرر شرعاً . بل إن الزوج الذي حرض على ارتكاب الجريمة بموافقته يُعتبر آثماً شرعاً . إذ هو ـ حينئذٍ ـ زوج شكلي لم يبق له من الزوجية سوى ورقة عقد الزواج .

ولما كان التلقيح الصناعي لامرأة بنطفة مذكرة لرجل ليس زوجها يجتمع مع الزنا في إطار واحد ، من حيث إن كليهما يؤدي إلى وضع ماء رجل أجنبي في حرث لا يربطه به عقد زواج ، فإن رضاء الزوج بالتلقيح لا يرفع عن الفعل صفة الإثم ، ولا يُبرر ـ بأي حال ـ وقوعه . وهو نوع من نكاح الاستبضاع الذي كان موجوداً عند العرب في الجاهلية حيث « كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها إرسلي إلى فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه . فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب ، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد . . . »[3] .

---

(١) محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠ ، رقم ٣٠٥ ـ أحمد حافظ نور ، المرجع السابق ص ١٥٨ وما بعدها .

(٢) إذ إن الزنى يُفسد نظام البيت ، ويهز كيان الأسرة ، ويقطع العلاقة الزوجية وفيه ضياع للأنساب ، وتغرير بالزوج ، ويؤدي لانتشار الأمراض ، راجع :
ـ سيد سابق ، المرجع السابق ، ص ٣٤١ .

(٣) حديث السيدة عائشة رضي الله عنها ، صحيح البخاري ، مشار إليه في محمد البار المرجع السابق ، ص ٥١٧ ، ٥١٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثانياً : الإجهـاض :

(١٧٧) رأينا أن العمل قد جرى ، في التلقيح خارج الـرحم ، على تلقيح أكثر من بويضة لاعتبارات عملية عرضنا لها . وقد يبقى ، بعد نجاح عملية التلقيح ، بعض البويضات الملقحة « الزائدة » عن الحاجة . وقد يلجأ الأفراد ، بحكم الواقع ، إلى « إتلاف » هـذه البويضـات الملقحة لانعـدام الحاجة إليها . وهنا يثور التساؤل حول مدى اعتبار هذا الإتـلاف من قبيل الإجهاض ، ومن ثم مدى جوازه شرعاً وقانوناً قياساً على الإجهاض .

١ ـ تعريف الإجهاض وحكمه :

(١٧٨) الإجهـاض أو الإسقاط هـو إنهاء الحمـل بقـذف أو خـروج محصوله أن محتواه خارج الرحم قبل أن يكون قابلاً للحياة[١] . وقد يكون الإجهاض تلقائيـاً ، كما قـد يكون إراديـاً . والنوع الأول ، أي الإجهـاض التلقائي ، لا دخل لأحد فيه . وقد يكون لخلل في البويضة الملقحة . أو خلل في الجهاز التناسلي للمرأة ، أو أمراض عامة في الأم ، أو إصابة الأم كسقوطها من مكان عال ، أو نقص في هـرمون البـروجسترون ، أو بسبب الأدوية والعقاقير[٢] . ولذلك يسمى بالسقوط .

أما النوع الثـاني ، أي الإجهاض الإرادي أو الإسقـاط ، فهو الـذي يحدث بسبب عامل خارجي من قبل المرأة الحامل نفسها ، أو الطبيب ، أو الغير خطأ كان أم عمداً .

أما من حيث حكم الإجهاض الإرادي ، أي الإسقاط ، فهو جريمة في القانونين المصري والكويتي في جميع الأحوال ، سواء كان مرتكب الإسقاط هو المرأة الحامل نفسها ، أو كان شخصاً آخر أوقع عليها العدوان بغرض قتل

---

(١) محمـد سيف الدين السبـاعي ، الإجهاض بين الفقـه والطب والقـانون ، الـطبعة الأولى ، ١٩٧٧ ، ص ١١ وما بعدها .

(٢) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٤٣٤ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الجنين برضاها أو بدون رضاها[1] وتمتنع المسئولية عن الإسقاط إذا حصل لضرورة ، كأن يُخشى على حياة الأم من بقاء الجنين . إذ ليس ثمة ما يمنع من التضحية بالجنين إنقاذاً للأم إذا توافرت شروط الضرورة[2] .

وتفترض جريمة الإجهاض ، حتى يمكن تصور وقوعها ، وجود « حمل » حتى يمكن طرده وخروجه خارج الرحم بفعل الإسقاط . والحمل ـ هنا ـ هو البويضة الملقحة منذ حدوث التلقيح بالتحام الحيوان المنوي بالبويضة المؤنثة إلى أن تتم الولادة الطبيعية . ويستوي ـ بالنسبة لحمايته ـ بما إذا كان الجنين في أيامه الأولى ، أو كان قد اقترب موعد ولادته . فكل إخراج له بفعل خارجي قبل أوانه يُعد إجهاضاً[3] .

أما بالنسبة لحكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية ، فيبدو من أقوال الفقهاء أنهم يفرقون بين الإسقاط قبل التخلق والإسقاط بعد التخلق[4].

---

(١) راجع مادة ١٧٤ جزاء كويتي ، ٢٦٠ عقوبات مصري . .

(٢) راجع مادة ١٧٥ جزاء كويتي .

(٣) عبد المهين بكر ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ . وفي ذلك قررت محكمة النقض المصرية : بأنه لا يقبل دفاع المتهم عن نفسه في هذه الجريمة (الإجهاض) بأن الشريعة الإسلامية تُبيح إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز أربعة شهور ، وأن المادة ٦٠ تُبيح ما تُبيحه الشريعة ، فإن ما ورد في الشريعة ليس أصلاً ثابتاً في أدلتها المتفق عليها ، وإنما هو اجتهاد انقسم حوله الرأي فيما بينهم . انظر حكمها الصادر في ٢٣ نوفمبر ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة العاشرة ، ص ٩٥٢ ، رقم ١٥٩ .

(٤) راجع في ذلك : موسوعة الفقه الأسلامي ، يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر ، الجزء الثالث ، ص ١٥٨ وما بعدها .

ـ محمد نعيم ياسين ، بداية الحياة الإنسانية ونهايتها في ضوء النصوص الشرعية واجتهادات علماء المسلمين ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ديمسبر ١٩٨٥ ، ص ١٥٠ وما بعدها .

ـ حسن الشاذلي ، المقالة السابقة ، ص ٢٥ وما بعدها .

ـ الشيخ محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٢٠ .

ـ المغني لابن قدامة ، جزء ٩ ، ص ٥٣٣ .

ـ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولا ريب أن ما يهمنا ـ في هذا الصدد هو حكم الإسقاط قبل التخلق . إذ أننا نهدف من وراء هذا العرض الموجز لحكم الإجهاض إلى بيان حكم إتلاف البويضة الملقحة «الزائدة» عن الحاجة في أنبوب الاختبار ، ومدى اعتبار الإتلاف إجهاضاً . والبويضة الملقحة وهي في أنبوب الاختبار ، ووقت إتلافها لم تتخلق بعد .

وقد ذهب الفقهاء في الإسقاط قبل التخلق مذهبين : أولهما يقول بالمنع وهم الإمام مالك والإمام الغزالي ، وبعض الحنفية . ودليلهم في ذلك أن العلقة والمضغة هي ـ منذ اليوم الأول للحمل ـ خلق آدمي له حرمته ابتداء ، ومن ثم لا يجوز الاعتداء عليه . وثانيهما يقول بالإباحة وهم جمهور الشافعية والحنفية والحنابلة . ودليلهم في ذلك أن محتوى أو محصول الحمل قبل التخلق عبارة عن قطعة لحم قد لا تكون جنيناً ، وصيرورتها البشرية في حكم المجهول[1] .

٢ ـ مدى اعتبار الإتلاف من قبيل الإجهاض :

(١٧٩) رأينا أن الإجهاض الإرادي (الإسقاط) جريمة ، قانوناً ، أياً كان عمر الجنين ، حتى ولو كان في أيام الحمل الأولى . وقد أخذ القانون في ذلك ـ في كل من مصر والكويت ـ بمذهب الإمام مالك رحمه الله الذي ذهب إلى عدم جواز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً[2] .

وبناءً على ذلك ، فإن إتلاف البويضة الملقحة في أنبوب الاختبار يُعتبر ـ على الأقل للوهلة الأولى ـ إجهاضاً من حيث أن كلا منهما يؤدي إلى وضع حد للحمل ، وقفل الباب أمام ميلاد إنسان جديد . وقد يحمل على هذا الاعتقاد أن « محتوى » الحمل يسمى جنيناً منذ اللحظة التي يلتقي فيها

---

(١) وقد قيد البعض الإباحة بالكراهة .

(٢) شرح الدردير الكبير ، جزء ٢ ، ص ٢٦٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الحيوان المنوي بالبويضة المؤنثة مكونين خلية تتكاثر حتى تصبح خلقاً مصوراً متكاملاً . وإذا كان الإجهاض يتحقق منذ اللحظة الأولى لتكوّن الجنين ، فإنه يمكن ـ هكذا ـ اعتبار إعدام البويضة الملقحة خارج الرحم in vitro في حكم الأجهاض .

إلا أن هذا الاعتقاد ليس دقيقاً سواء من الناحية القانونية ، أو من الناحية الشرعية .

فالحماية التي أضفتها الشريعة الغراء على الجنين ترجع إلى حماية الجنين في ذاته لكونه في بطن أمه . فوجود الجنين إذن في بطن الأم عنصر ضروري لإضفاء الحماية عليه . فالجنين لغة هو « حمل المرأة ما دام في بطنها »[1]. فإن خرج حياً فهو « طفل » أو « ولد » وإن خرج ميتاً فهو « سقط » . فالحمل بعد خروجه من بطن الأم ليس جنيناً ، ويمكن القول ، قياساً ، أن الحمل قبل غرسه أو زرعه في رحم الأم ليس جنيناً أيضاً . ويترتب على ذلك ، أن البويضة الملقحة لا تأخذ حكم الجنين قبل زرعها في رحم المرأة التي ترغب في الحمل ، طوال فترة بقائها في أنبوب الاختبار . ومما يُرجح هذه الوجهة من النظر أن البويضة الملقحة « الزائدة » قد يتم تجميدها لاستخدامها في عمليه زرع أخرى في المستقبل . وقد تطول فترة التجميد شهوراً أو حتى سنوات . ولا يُقبل ، عقلاً ومنطقاً ، اعتبار البويضة الملَقحة جنيناً طوال فترة التجميد . فاعتبارها جنيناً في هذه الفترة يؤدي ـ أحياناً ـ إلى نتائج غير مقبولة كلية . فإذا مات الأب صاحب النطفة المذكرة وزوج المرأة صاحبة البويضة التي تم تلقيحها بالنطفة في أنبوب الاختبار ، فإن اعتبار البويضة الملقحة التي تم تجميدها جنيناً يوجب حجز حصته في الميراث على أنه ، ذكر إلى أن يتم الوضع . مع أن زرع البويضة الملقحة في الرحم قد لا يتم إلا بعد سنوات ، وقد لايتم إطلاقاً!.

---

(١) حسن الشاذلي ، المقالة السابقة ، ص ٢٠ .

ـ محمد سيف الدين السباعي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ وما بعدها .

ـ محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ٩٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويبدو أن الندوة الفقهية الخامسة[1] قد أخذت بهذا التحليل . **فالبويضة** الملقحة « الزائدة » عن الحاجة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع ، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم . ولذلك لا يمتنع إعدامها بأية وسيلة . ولكونها أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى ، فإن المشاركين في الندوة قد أوصوا بترك البويضة الملقحة لشأنها للموت الطبيعي ، بدلاً من إعدامها أو استعمالها في البحث العلمي . وما انتهت إليه الندوة لا يستقيم إذا اعتبرنا البويضة الملقحة جنيناً .

وقد رأت الندوة حول التصرف في البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة أن الوضع الأمثل أن لا يكون هناك فائض منها ، وذلك باستمرار العلماء في أبحاثهم عن طريق لاحتفاظ بالبويضات غير ملقحة ، وعدم تلقيحها إلا عند الحاجة إليها ، مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي بعد ذلك ، فإذا روعي ذلك ، فإننا لن نحتاج إلى البحث في مصير البويضات الملقحة الزائدة .

أما من الناحية القانونية ، فإن جريمة الإجهاض تفترض - كما يتضح بجلاء من نصوص القانون في كل من الكويت ومصر - أن فعل الإسقاط قد وقع على امرأة حامل . فالمادة ١٧٤ جزاء كويتي تنقص على أن : « من أجهض امرأة حاملاً برضاها ، أو بدون رضاها . . . »،[2] وكذلك المادة ١٧٥ تنص على أنه : « لا عقوبة على من أجهض امرأة حاملاً إذا كان متوافراً على الخبرة اللازمة . . . » . ولذلك فإن فعل الإسقاط يؤدي إلى طرد « محصول » الحمل وإخراجه من رحم الأم . أما في التلقيح الصناعي ، فإن فعل الإتلاف يقع على بويضة ملقحة في أنبوب الأختبار ، وليس على امرأة حامل كما تنص صراحة نصوص القانون .

---

(١) راجع الندو ة التي انعقدت في الكويت في الفترة من ٢٤ - ٢٧/١٠/٨٩ جريدة الأبناء الكويتية ، ٢٧/١٠/١٩٨٩ م .

(٢) راجع أيضا نص المادة ٢٦٠ عقوبات مصري التي تقرر: «كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب ونحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة».

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويبدو من ذلك أن تطبيق أحكام الإجهاض على إتلاف البويضات الملقحة خارج الرحم محل شك شرعاً وقانوناً ، وعلى التخصيص إذا روعي أن نصوص قانون العقوبات تُفسر حسب ألفاظ النص وعباراته دون توسع أو قياس . ومن هنا يبدو أن تدخل المشرع لتجريم مثل هذه الأفعال ضروري حيث لا تشملها النصوص بوضعها الحالي .

ثالثاً : نسبة طفل زوراً إلى غير والدته :

(١٨٠) تنص المادة ١٨٣ من قانون الجزاء الكويتي ، والمعدلة بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ على أن : « كل من خطف طفلاً حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدل به غيره ، أو عزاه زوراً إلى غير والدته أو والده يُعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات . كما تنص المادة ٢٨٣ من قانون العقوبات المصري ، والمعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ على أن : « كل من خطف طفلاً حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدله بآخر أو عزاه زوراً إلى غير والدته يُعاقب بالحبس . . . » . وقد أخذ القانون الفرنسي بذلك أيضاً[١] .

وهكذا تتفق القوانين الثلاثة ، الكويتي والمصري والفرنسي ، على أن نسبة طفل حديث الولادة ، على غير الحقيقة ، إلى غير والدته تعتبر جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي .

والحقيقة أن تطبيق حكم النص السابق يتوقف ـ أصلاً ـ على تحديد الأم الحقيقية للطفل المولود حتى يمكن التحقق من نسبة الطفل إلى غير أمه على خلاف الحقيقة . الأمر الذي يُثير صعوبة كبيرة في حالة الحمل لحساب الغير . فالمولود ـ في هذه الحالة ـ قد شاركت في إنجابه امرأتان : صاحبة البويضة ، ومن حملته ووضعته . لكن الطفل يُنسب ـ قانوناً وشرعاً ـ إلى أم واحدة فقط . ويتوقف تطبيق حكم النص السابق على تحديد المرأة التي

---

(١) راجع نص المادة ٢/٣٢٢ عقوبات فرنسي .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يُنسب إليها المولود من الناحيتين الشرعية والقانونية . فإذا ما تحددت « أم » المولود طبقاً للقانون إمكن القول بأن نسبة الطفل إلى غيرها يُعتبر جريمة يعاقب عليها القانون حسب النصوص السابق الإشارة إليها .

والواقع أن الأمر لم يكن ـ حتى وقت قريب ـ محل خلاف . فالأم ـ بداهة ـ هي التي حملت الطفل ووضعته ، لأنها كانت ـ أيضاً ـ صاحبة البويضة . فالفصل بين التلقيح والحمل لم يكن ـ بالأمس ـ ممكناً ولا متصوراً . أما اليوم ، وقد أصبح هذا « الفصل » حقيقة واقعية ، فإن الحمل والوضع لم يعد قرينة قاطعة على أن المرأة التي حملت ووضعت هي صاحبة البويضة التي تم تلقيحها بنطفة الرجل .

فإذا ما استقر الرأي الراجح ـ كما سنرى ـ على أن « الأم » الحقيقية للطفل هي التي حملته ووضعته ، فإن نسبة الطفل إلى غيرها ، حتى ولو كانت صاحبة البويضة ، يُعتبر كجريمة « نسبة طفل حديث الولادة زوراً إلى غير والدته » التي نصت عليها المادة ١٨٣ جزاء كويتي ، والمادة ٢٨٣ عقوبات مصري .

رابعاً : هتك العرض :

(١٨١) كان التلقيح ، حتى وقت قريب ، علاقة شخصية وخاصة جداً بين الزوجين . وكان يتم ـ بداهة ـ دون تدخل من الغير . وهو أمر بديهي لم يكن ، من فرط بداهته ، في حاجة إلى تأكيده . حيث كان التلقيح نتيجة طبيعية للاتصال الجنسي بين الزوجين الذي كان أيضاً الوسيلة الوحيدة للتلقيح . ونظراً لخصوصية الاتصال الجنسي بين الزوجين ، لم يكن من المتصور أن تطرح مسألة ارتكاب الزوج جريمة هتك عرض زوجته . فالاتصال الجنسي ، الوسيلة الوحيدة للتلقيح حتى وقت قريب ، لا يحدث ـ بداهة ـ أمام أحد ، حتى يمكن أن يقال إن الزوج قد خدش حياء زوجته .

---

(١) Paris, 27 Oct. 1959, D. 1960, P. 144.
Cuss. Civ. 2é. ch., 16 déc 1963, D. 1364, P. 244.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما بالنسبة للتلقيح الصناعي خارج الرحم في أنبوب الاختبار ، يتصور ـ عملاً ـ حدوث التلقيح تحت تأثير الإكراه المادي أو الأدبي الواقع على الزوجة ، بل قد يحدث عن طريق الغش . فقد يكون الزوج « عقيماً » ، ويرغب ـ لسبب أو لآخر ـ أن يُخفي عجزة عن زوجته ، فيلجأ إلى الغش والخداع لإجراء عملية التلقيح .

نشير ـ بداءة ـ إلى أن هذا الإكراه ، مادياً أو أدبياً ، لا يؤثر على نسب الطفل لأبويه . فالطفل ابن لهما شرعاً وقانوناً . والعلاقة الجنسية التي تمت تحت إكراه الزوجة لا تمنع من نسب الولد إلى أبويه إذا حدث الحمل نتيجة لهذه العلاقة . هذا بالإضافة إلى أن الولد لا ذنب له فيما حدث . إذ يستوي بالنسبة إليه أن يكون التلقيح قد تم رضاء أو تحت تأثير الإكراه .

لكن هل في الأمر جريمة يُعاقب عليها الزوج ؟ لا يمكن القول بوجود جريمة اغتصاب[1] . فالاغتصاب لا يكون بين زوجين ، فضلاً عن أنه لا يكون إلا عن طريق الاتصال الجنسي ، وليس عن طريق مجرد « حقن » السائل المنوي في رحم الزوجة . فجريمة الاغتصاب تقتضي توافر ركن الوقاع أو الجماع أي إيلاج الرجل عضو التذكير في فرج الأنثى ، وهو ما لا يتوافر في التلقيح الصناعي الذي يقتصر على « حقن » النطفة في رحم المرأة . كما أن هذا الركن لا يتحقق حتى إذا اجتمع رجل بامرأة كرهاً عنها إذا كان اجتماعه بها مشروعاً . فالزوج الذي يواقع زوجته رغماً عنها لا يعد مغتصباً لها . ذلك أن له أن يواقعها بحكم عقد الزواج ولو رفضت ذلك وامتنعت عن تسليم نفسها إليه[1] . ومن ثم لا يُعد الزوج مرتكباً ـ في هذا الفرض ـ جريمة اغتصاب من ناحية لأن المرأة التي أكرهت على التلقيح زوجته ، ومن ناحية أخرى لتخلف الوقاع أو الجماع .

---

(١) راجع نص المادة ١٨٦ جزاء كويتي ، والمادة ٢٦٧ عقوبات مصري .

(٢) معوض عبد التواب ، في الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم هتك العرض ، ١٩٨٥ ، ص ٣٢٥ .

ـ سيد البغال ، الجرائم المخلة بالآداب فقهاً وقضاءً ، ١٩٨٣ ، ص ٣١١ ، فقرة رقم ٦٠٢ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما بالنسبة لجريمة هتك العرض[1] ، فيلاحظ ، بداءة ، أنها تختلف عن جريمة الاغتصاب من حيث إن الأخيرة لا تكون تامة إلا بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى ، أما هتك العرض فيكفي فيه ملامسة عورة شخص أو الكشف عنها[2] . وبالتالي يمكن القول بتوافر الركن المادي لجريمة هتك العرض وهو قيام الجاني بالكشف عن عورة المجني عليها أو ملامستها . وهو أمر يتحقق في حالة تلقيح الزوجة تلقيحاً صناعياً رغماً عنها . إذ يترتب على ذلك ، حتماً ، كشف عورتها وملامستها بما يخدش حياءها . ومن المتصور بالنسبة لجريمة هنك العرض ـ بخلاف جريمة الاغتصاب ـ أن تقع من الزوج على زوجته كأن يأتيها مثلاً من دبر لأن عقد الزواج لا يسمح للرجل أن يستمتع بزوجته إلا على الوجه المأذون به شرعاً[3] .

ولا ريب في أن الطبيب الذي أجرى عملية التلقيح يُعتبر مسئولاً جنائياً أيضاً مع الزوج ، لا بوصفه شريكاً فقط ، وإنما بوصفه فاعلاً أصلياً مع الزوج . وللزوجة الحق في الرجوع بالتعويض المالي على كل منهما .

الفصل الثاني
القواعد الخاصة

(١٨٣) تبدو القواعد العامة غير كافية في بعض الفروض . فالقاعدة في قانون الجزاء هي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وقد لا تطبق بعض العقوبات الواردة في قانون الجزاء لأن الواقعة المعروضة لا تتطابق تماماً مع الواقعة التي يريدها النص ، بالرغم من التشابه الكبير بينهما . كما رأينا ـ مثلاً ـ بالنسبة لجريمة الزنا .

---

(١) راجع نص المادة ١٩١ جزءا كويتي والمادة ٢٦٩ عقوبات مصري .

(٢) وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية : « إن هتك العرض هو كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلى جسم الجني عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية . ولا يشترط لتوافره قانوناً أن يترك الفعل أثراً بالمجني عليه . . . » حكمها الصادر في ١٦ مارس ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢١ ، ص ٣٨٢ ـ ٢٨ مارس ١٩٧٧ ، المجموعة السابقة ، السنة ٢٨ ، ص ٤١٠ .

(٣) سمير الشناوي ، شرح قانون الجزاء الكويتي ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٥ ، ص ٣٣٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولذلك قد يبدو من الملائم أن يتدخل المشرع لتحريم بعض الوقائع بنصوص خاصة في حالة اللجوء إلى الإنجاب الصناعي . وقبل التفكير في الوقائع التي يجب تجريمها ، يجب أن نحدد ـ بداءة ـ الشخص الذي يوقع العقاب عليه .

أولاً : مَنْ يُعاقب ؟

(١٨٤) يلاحظ أن الأطراف التي تشارك في عملية التلقيح الصناعي قد تكون ـ في بعض الفروض ـ متعددة . وبالإضافة للزوجين ، نجد كذلك الطبيب ، والمتبرع بالنطفة أو المتبرعة بالبويضة ، والمركز الذي يتولى حفظ النطفة البشرية ، والمرأة « الحاملة » التي تتبرع بحمل البويضة الملقحة ، ثم أخيراً « ثمرة » الحمل ، أي الطفل . فمن من هؤلاء يجب عقابه بالنسبة للوقائع التي يريد المشرع تجريمها ؟ .

لا ريب في أن الطفل يوجد خارج قائمة الاتهام ، إن لم يكن هو نفسه ضحية لعملية التلقيح ذاتها . **أما** الأبوان الحقيقيان أو الاجتماعيان ، فقد يمكن التفكير في توقيع عقوبة السجن مثلاً عليهما لاتخاذهما قراراً غير مسئول لإنجاب طفل خارج حدود القانون . لكن عقوبة السجن قد تبدو غير ملائمة بالذات بالنسبة للولد نفسه . بل قد ترتد العقوبة ضد مصالحة ، ليكون هو ـ في النهاية ـ المتضرر الأول من العقوبة الموقعة على والديه . فالسجن يعني ـ عملاً ـ حرمانه من الرعاية في بداية عمره ، أي في الوقت الذي يكون فيه محتاجاً للرعاية والحنان والتربية . ولهذا قد تبدو عقوبة الغرامة أكثر ملاءمة إذا وضعنا في الاعتبار مصالح الطفل ، بالرغم من أن دورها باعتبارها جزاءً يكون أقل زجراً وتأثيراً من عقوبة السجن .

يبقى ـ بعد ذلك ـ الطبيب ومراكز حفظ النطفة البشرية . لا شك في أن العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على الأطباء تلعب ـ هنا ـ دوراً لا بأس به في ردع الطبي الذي تسول له نفسه إجراء عملية تلقيح صناعي غير مشروعة . لكنها ، أيضاً ، غير كافية في هذا المجال . فالأمر ـ هنا ـ لا يتعلق

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بأمور علاجية قد لا تهم ـ غالباً ـ سوى المريض نفسه ، بل بأمر يخص المجتمع كله . فالطب ـ هنا ـ يَبْدو أداة ضرورية لتحقيق غاية ليست ـ في ذاتها ـ علاجية ، لأن إنجاب الأطفال يخص النظام الاجتماعي في مجموعة . ومن هنا تبدو فائدة أو قيمة العقوبة الجزائية أو المهنية ، ليس فقط للردع والزجر ، بل أيضاً ـ بالدرجة الأولى ـ للعدول والوقاية من الإقدام ـ من البداية ـ على ارتكاب الجريمة .

فالإنجاب ليس رغبة أو حرية مطلقة ، بل يجب تنظيمه وتقييده بقواعد معينة . ومن الأفضل ـ في نظرنا ـ أن تكون القيود والحدود الواردة عليه في صورة قواعد عامة لا تختلف من شخص إلى آخر ، بدلاً من تركها للبعض لتقدير كل حالة على حدة .

ثانياً : الأفعال التي يجب تجريمها :

(١٨٥) لا يكفي لتجريم بعض الوقائع بنصوص خاصة أن نحدد ـ كما فعلنا من قبل ـ الشروط الواجب توافرها لمشروعية وقانونية اللجوء إلى التلقيح الصناعي ، إذ معنى ذلك أنه إذا لم تتوافر الشروط السابقة ، كلها أو بعضها ، فإن اللجوء إلى التلقيح الصناعي يكون غير مشروع . لكننا نعتقد أنه من غير الملائم اعتبار مجرد عدم توافر الشروط يكون في ذاته جريمة يُعاقب عليها القانون . فالجريمة عبارة عن واقعة أو وقائع مُحددة قانوناً يُعاقب عليها القانون بعقوبة معينة . ومن هنا يَبدو اعتبار عدم توافر شروط التلقيح جريمة غير دقيق . والأفضل أن نحدد بدقة الوقائع المراد تجريمها كلاً على حدتها ، وتحديد العقوبة الملائمة لكل جريمة . ومن الممكن اعتبار الوقائع الآتية جرائم :

ـ تلقيح امرأة بنطفة رجل غير زوجها : فهي جريمة أقرب إلى الزنا ، وإن كانت تختلف عنه لتخلف عنصر العلاقة الجنسية (الوطء) الذي يميز جريمة الزنا . ويستوي أن يحدث التلقيح بعلم الزوج أو بدون علمه . ويُعتبر الزوج شريكاً في الجريمة إذا تم التلقيح بعلمه . هذه الواقعة لا عقاب عليها

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

في ظل القواعد الحالية للقانون الجنائي . فهو لا يُعاقب على ما سوى الزنا ، وهي واقعة لا تدخل تحت معنى الزنا .

- اعتبار موافقة الطبيب على إجراء عملية التلقيح الصناعي بتدخل طرف ثالث جريمة يُعاقب عليها القانون أياً كان عمر المرأة التي ترغب في التلقيح . فالتلقيح هذه الحالة حرام شرعاً . وقد لا تتوافر شروط جريمة هتك العرض التي نص عليها القانون سواء لتخلف شرط الإكراه ، أو شرط السن . لذلك فالجريمة الجديدة تتحقق بمجرد إجراء عملية التلقيح بتدخل طرف ثالث سواء أكان ذلك برغبة المرأة أم بدون رغبتها ، وسواء أكانت قاصراً أم لا . ويستوى أن يكون هذا الطرف الثالث متبرعاً بنطفة مذكرة أو متبرعة بنطفة مؤنثة ، أو امرأة تتطوع بحمل البويضة عن امرأة أخرى غير قادرة على حملها .

- توقيع العقوبة الملائمة (الغرامة والحل مثلاً) على المراكز المتخصصة التي تمارس نشاطها خارج الحدود المسموح بها شرعاً . كتقديم نطفة الرجل لتلقيحها مع بويضة امرأة ليس بينه وبينها علاق زواج مشروعة ، أو التوسط للزوجين للبحث لهما عن امرأة « حاملة » توافق على حمل « البويضة الملقحة » لحساب الزوجين . . . وهكذا .

- تجريم واقعة التبرع في حد ذاتها سواء أكان من رجل أم امرأة ، اللهم إلا إذا كان التبرع بغرض استخدام النطفة البشرية في الأبحاث العلمية وإجراء التجارب . أما التبرع لغير ذلك الغرض فهو حرام شرعاً لأنه يؤدي إلى استخدام النطفة في التلقيح بين رجل وامرأة ليس بينهما رابطة زواج ، أو بين زوجين لكن النطفة تكون لرجل آخر أجنبي عن المرأة . ومن ثم يجب أن ينحصر نشاط هذه المراكز في تلقي التبرعات لهدف استخدامها في الأبحاث العلمية فقط ، وفي حفظ نطفة الزوجين مدة زمنية معينة باسم الزوجين ولحسابهما فقط ، إذا رغبا في تأجيل عملية التلقيح مدة من الزمن ، وبشرط أن يتم التلقيح حال الحياة الزوجية .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الباب الثاني

النسب

La filiation

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(١٨٦) الأولاد هم أحد الأهداف التي ترمي إليها الشريعة الإسلامية من الحياة الزوجية ، وهم اللَّبنات التي يقوم عليها الوجود البشري ، ورجال المستقبل ، ومحط الآمال ومعقد الرجاء . لذلك أعطتهم الشريعة الإسلامية ، وكذلك التشريعات الوضعية ، عناية كبيرة ، وخصتهم الشريعة الإسلامية بجانب عظيم من الاهتمام . فشرعت ، الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، كثيراً من أحكام الطفولة ، وحددت أحكام الطفل منذ اللحظات الأولى للحمل إلى أن يشب ويترعرع . وذلك محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه وأكمله ، وصيانة لأفراده من الفساد .

فإذا ما وُلد الطفل حافظت عليه من الذل ، وحصنته من الضياع ، وأبعدته عن العار ، فأثبتت له النسب من والديه ، فكان النسب بذلك أول حق يثبت للطفل بعد انفصاله عن أمه[١] .

والحقيقة أن النسب لم يكن يثير - حتى وقت قريب - مشكلات خاصة . فالإنجاب مسألة شخصية وخاصة بين الزوجين . وهو بذلك لم يكن سوى نتيجة طبيعية للعلاقة الجنسية بين الزوجين . ويترتب على ذلك أن الطفل لم يكن يُولد إلا نتيجة لعلاقة جنسية بين والديه . تلك هي - حقيقة - الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها أحكام النسب في مجملها سواء في الشريعة الإسلامية[٢] أو في القوانين الوضعية .

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ .
- بدران أبو العيني ، المرجع السابق ، ص ٣ وما بعدها .

(٢) وصدق رسول الله ﷺ حين قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ومعنى هذا الحديث أن الولد الذي تلده المرأة يلتحق نسبه بمن يحل له شرعاً الاتصال بها اتصالاً جنسياً ، وهو الزوج أو السيد المالك للأمة . ويكبت النسب في هذه الحالة دون حاجة إلى اعتراف أو بينة لأن الزوجة مقصورة على زوجها في حق الاستمتاع ، ويحرم عليها تمكين غيره منها . وهو ما يؤكد =

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما في مجال الإثبات فلم يكن الأمر أقل سهولة . « فالأبوة » تفترض ـ في ضوء الفكرة السابقة ـ وجود علاقة جنسية بين الزوجين (أو الرجل والمرأة) ، بل علاقة جنسية مُخصبة . ولما كان ، إثبات ذلك هو أمراً يتعارض مع الأدب والأخلاق والاحتشام ، فضلاً عن استحالته ، أو على الأقل صعوبته ، عملاً ، فقد اكتفى القانون ـ في هذا الصدد ـ بالقرائن كوسيلة إثبات غير مباشرة . أما « الأمومة » فيكفي دليلاً عليها ـ في ضوء الفكرة السابقة ـ الحمل والولادة .

لكن التلقيح الصناعي بوسائله المختلفة جاء فقلب معه « الموازين » السابقة . فالإنجاب لم يعد ـ كما كان قبل التلقيح الصناعي ـ نتيجة طبيعية للعلاقة الجنسية . فالفصل بين الإنجاب من ناحية ، وبين العلاقة الجنسية من ناحية أخرى قد « قلب » تماماً الفكرة الأساسية التي تقوم عليها أحكم وقواعد النسب الحالية .

ولذلك نرى أنه من الأفضل أن نعرض ـ بإيجاز ـ للمعايير الحالية التي تقوم عليها الأبوة من ناحية والأمومة من ناحية أخرى ، ثم نُحدد وضع المشكلة بعد اللجوء إلى وسائل الإنجاب الصناعي ، وأخيراً أحكام النسب بالنسبة للإنجاب الصناعي بوسائله المختلفة .

= الفكرة التي أشرنا إليها في المتن ، راجع :
ـ بدران أبو العيني ، المرجع السابق ، ص ١٦ ، ١٧ .
ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٧ ، ٨ .
ـ حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار) ، جزء ٢ ، ص ٦٢٣ وما بعدها .
ـ حاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج ، جزء ٣ ، ص ١٥٨ ، ٢٤٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الاول

قواعد النسب وأحكامه

(١٨٧) ذكرنا أن الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها أحكام النسب حالياً هي أن الإنجاب نتيجة طبيعية للعلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة . فالوسيلة الوحيدة المتصورة ـ في ذهن المشرع وقت وضع أحكام النسب ـ للإنجاب هي الاتصال الجنسي . وقد رتب القانون على هذه الحقيقة جميع أحكام وقواعد النسب الأساسية ، سواء بالنسبة لثبوت الأبوة ، أو لثبوت الأمومة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الأول
الأبوة

أولاً : المعيار البيولوجي :

(١٨٨) من هو الأب ؟ سؤال كانت الإجابة عليه ـ حتى وقت قريب ـ سهلة وبسيطة . القاعدة أن الأب ـ شرعاً ـ هو صاحب « الفراش » لقوله ﷺ ـ حسب ما جاء في البخاري ـ « الولد لصاحب الفراش »[1] . ويثبت « الفراش » ـ حسب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة[1] . بالعقد وبشرط إمكان الدخول بالزوجة . هذا على عكس ما ذهب إليه الحنفية حيث يثبت « الفراش » عندهم بمجرد العقد على الزوجة من غير اشتراط إمكان الدخول . والأجدر بالاعتبار ـ في هذا الصدد ـ هو ما ذهب إليه الجمهور . إذ ليس من المعقول القول بثبوت النسب مع القطع ، في الوقت نفسه ، بعدم إمكان الدخول .

ولذلك رأى قانون الأحوال الشخصية الكويتي الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء . وقد نصت المادة ١٦٩ ـ في هذا الصدد ـ على أنه : « يُنسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين :

١ ـ مضى أقل مدة الحمل على عقد الزواج .

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ، جزء ٦ ، ص ٢٧٩ .
والفراش شرعاً هو تعيّن المرأة للولادة لشخص واحد ، راجع :
ـ الزيلعي ، جزء ٣ ، ص ٤٣ .
ـ بدران أبو العيني ، المرجع السابق ، ص ٣ .
(١) فتح القدير ، جزء ٣ ، ص ٣٠١ .
ـ نهاية المحتاج ، جزء ٧ ، ص ١١٥ .
ـ المغني لابن قادمة ، جزء ٩ ، ص ٥٣ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

٢ ـ ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد إلى الولادة ، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم » . وقد أضافت المادة ١٦٨ حكماً آخر بقولها : « لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخضب ، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خقي أو مرضي . . . » .

وفي هذا المعنى أيضاً قررت المادة ١٥ من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه : « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حيث العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة ، والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » . كما قرر أيضاً : « يثبت نسب المولود في أثناء قيام الزواج الصحيح إذا ولد لستة أشهر أو أكثر من تاريخ العقد » .

ويمكن القول ـ بناءً على ذلك ـ أنه يشترط لثبوت نسب الولد لأبيه بالزواج توافر الشروط الآتية[1] :

١ ـ إمكان حمل الزوجة من الزوج وذلك بأن يكون الزوج ـ من ناحية ـ ممن يتصور منه الإحبال عادة ببلوغه سن البلوغ وأن يكون مُخصباً ، ومن ناحية أخرى ، أن تثبت إمكانية التلاقي بين الزوجين . إذ لا يتصور ـ عادة ـ أن يكون الحمل من زوج ثبت عدم التلاقي بينه وبين زوجته .

٢ ـ أن تكون الولادة قد حدثت بعض مضي ستة أشهر من تاريخ العقد . أما إذا ولدت الزوجة ولداً لأقل من ستة أشهر من وقت العقد فلا يثبت نسبة للزوج بالفراش . ويرجع ذلك إلى أن أقل مدة للحمل ستة

---

(١) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٧ وما بعدها .
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠ وما بعدها .
ـ بدران أبو العينين ، ص ١٧ وما بعدها .
ـ حاشية ابن عابدين ، المرجع السابق ، جزء ٢ ، ص ٦٢٦ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أشهر ، وأن المرأة حينما حملت به لم تكن زوجته .

٣ ـ ألا يمضي على فراق الزوج أقصى مدة للحمل وهي خمسة وستون وثلاثمائة يوماً .

(١٨٩) الخلاصة إذن أن الولد يُنسب للزوج طالما أن الزوجية قائمة بينه وبين زوجته حين ابتداء الحمل . فمن حملت وكانت زوجة وقت الحمل يثبت نسب حملها من زوجها دون حاجة إلى بينة منها أو إقرار منه . ويثبت النسب هنا ، شرعاً وقانوناً ، بالفراش .

وقد أخذ القانون الفرنسي بذات الحكم تقريباً من حيث المبدأ . وعلى ذلك تنص المادة ٣١٢ من القانون المدني على أن الطفل الذي يبدأ حمله أثناء الزواج يُعتبر أبوه هو الزوج . أما أقل مدة للحمل فهي ١٨٠ يوماً ، وأقصى مدة له هي ثلاثمائة (٣٠٠) يوم[٢] .

وترتكز هذه القرينة في القوانين الثلاثة ـ الكويتي والمصري والفرنسي ـ على أساس أن الزوجة أصبحت ـ بمقتضى عقد الزواج ـ مقصورة على زوجها الذي له ـ وحده دون غيره ـ حق الاستمتاع بها . كما أنها تلتزم ـ بمقتضى الزواج أيضاً ـ بمشاركة زوجها والسكني معه والإخلاص له ولذلك كان طبيعياً

---

(١) المبسوط ، جزء ٦ ، ص ٤٤ ـ السنن الكبرى للبيهقي ، جزء ٧ ، ص ٤٤٢ .
وقد استنبط الفقهاء هذا الحكم من قوله تعالى في سورة لقمان : ﴿ **وفصاله في عامين** ﴾ . ومن قوله تعالى في سورة الأحقاف « وحَمْله وفصاله ثلاثون شهراً» فدلت الآية الثانية على أن الحمل والفصال (الفطام) ثلاثون شهراً ، ودلت الآية الثانية على الفصال وحده في عامين ، فاستنبطوا من هاتين الآيتين أن الحمل وحده مدته ستة أشهر ، وهي أقل مدة يتكون فيها الجنين ليولد حياً .

(٢) مادة ٣١١ مدني فرنسي .
راجع في ذلك :

J. R. Devichi. L'évolution de statut Civil de la famille depuis 1945, éd. C.N.R.S., 1983, n° 58 et s.

J.R. devichi, obs. au Rev. trimi dr. civ., les preuves scientifiques et le Contentieux de la filiation, 1983, P. 723.

D.H. Weiller, Vérite biologique et filiation, Droit de la filiation et progrés scientifique, 2ed. conamica 1982, P. 9 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أن يُنسب الطفل الذي يُولد حال قيام الزوجية للزوج إذا توافرت الشروط السابقة الإشارة إليها . فالولد الذي تلده الزوجة يلتحق نسبه بمن يحل له شرعاً الاتصال بها اتصالاً جنسياً ، وهو الزوج .

لكن هذه القرينة مجرد قرينة بسيطة يُمكن إثبات عكسها . ويمكن للزوج إثبات عكس القرينة السابقة بواسطة ما يسمى باللعان . ويحدث ذلك ـ عملاً ـ إذا نفي الزوج الولد حين الولادة ، أو في أيام التهنئة المعتادة بالولادة إذا كان حاضراً. أما إذا كان غائباً فيحدث النفي وقت علمه بالولادة[1]. وفي ذلك تنص المادة ١٧٦ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه : « في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل ، أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة ، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها ، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً » . أما في القانون الفرنسي فيجوز للزوج أن يُنكر نسب الولد له خلال عشرة أشهر من تاريخ الولادة[2] ، كما يجوز لكل ذي مصلحة (الزوجة ، الولد ، الورثة) أن يعترض على « الأبوة » خلال ٣٠ سنة من تاريخ الولادة[3] .

وهكذا يمكننا القول بأن القانون في الكويت ومصر وفرنسا يُفسح ـ بالنسبة لإثبات النسب ـ مكاناً واسعاً للحقيقة البيولوجية . فالنسب يجب أن يكون ، ليس فقط حقيقة قانونية ، وإنما أيضاً حقيقة « واقعية » . فالواقع يجب أن يكون متفقاً مع القانون . بعبارة أخرى ، يجب أن يكون الولد ابناً للزوج ليس فقط قانوناً ، وإنما أيضاً بيولوجياً . فالحقيقة « البيولوجية » أقوى

---

(١) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ١٩ .

(٢) مادة ٣١٦ مدني فرنسي ، وتبدأ المدة من تاريخ اكتشاف الغش ، إذا كانت الولادة قد أخفيت عن الزوج .

(٣) مفهوم المخالفة a Contrario للمادة ٣٢٢ مدني فرنسي ، انظر أيضاً في هذا المعنى :
Cass Civ., 27 fév. 1985, D. 1985, P. 265, note G. Cornu.

D.H. Weiller, Requiem pour Une présomption moribonde, D. 1985, chron., P. 123.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

من الحقيقة الاجتماعية أو العاطفية[1] .

فالمعيار الرئيسي أو الموجه للنسب هو إذن - في القوانين الثلاثة - المعيار البيولوجي . فالولد يجب - قانوناً - أن يكون من صُلب الزوج ليرتبط به ارتباطاً حقيقياً لا ارتباطاً قانونياً أو اجتماعياً فقط . وهذا ما يُفسر وضع المشرع - في الدول الثلاث - بعض الشروط لاعتبار الزوج « أباً » للمولود . وهي شروط الغرض منها التأكد من وجود صلة حقيقية أو بيولوجية بين الزوج والولد . وهو ما يُفسر - أيضاً - أحقية الزوج - قانوناً - بإنكار نسب الولد بالرغم من توافر الشروط التي حددها القانون . فهذه الشروط لا تؤكد - بالضرورة - أن الولد من « صلب » الزوج . وكون الحمل قد حدث أثناء الزوجية لا يعني - حتماً - أن الولد من « نطفة » الزوج . ولذلك أجاز القانون للزوج إنكار نسب الولد الذي جاءت به زوجته « لانعدام » الرابطة الحقيقية بينهما . وحتى يمكن أن يُنسب الولد لأبيه الحقيقي[2] .

ثانياً : المعيار الإرادي :

(١٩٠) إذا كان القانون - في الكويت ومصر وفرنسا - قد أخذ ، كقاعدة ، بالمعيار البيولوجي لإثبات « الأبوة » ، إلا أنه أخذ أيضاً بالميعار الإرادي في بعض الحالات . فإرادة الشخص يجب - في حدود معينة - احترامها حتى لو جاءت مخالفة للحقيقة البيولوجية . فالحقيقة القانونية أو الاجتماعية تحقق مصلحة الولد بإثبات نسبه من جهة الأب . ولذلك اعترف

---

(١) D.H. Weiller, npte an D. 1970, P. 328.
P. Raynaud, note au D. 1984, P. 337.
Nerson et R. Dervichi, obs. Rev. trim. dr. Civ., 1984, P. 697.

(٢) ويمكن - حالياً - إثبات « الأبوة » أو « عدم » « الأبوة » عن طريق إجراء تحاليل « وراثية - بيولوجية راجع في ذلك :
D.H. Weiller, Verité biologique et filiation, Droit de la filiation et progrés scientifique, préc., P. 15.
وقد أجازت محكمة النقضة الفرنسية إثبات « عدم الأبوة » لرجل كان قد توفي عن طريق تحليل دم الطفل وأجداده من ناحية الأب ، راجع :
16 nev. 1983, Gaz. pal., 1984, 1, P. 247, note J. Massip.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بها المشرع طريقاً من طرق إثبات النسب بجانب المعيار الرئيسي المستمد من الحقيقة البيولوجية . لكن الإرادة لا تلعب ـ بالنسبة لرابطة النسب ـ سوى دوراً محدوداً بالقدر الذي تراعى فيه مصالح الطفل نفسه الذي لا ذنب له فيما يحدث .

وفي ذلك تنص المادة ١٧٣ كـويتي على أن : « إقرار الـرجل ببنـوة مجهول النسب ، ولو في مرض الموت ، يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة ، ولم يقل إنه من الزنى ، ولا يشترط تصديق المقر له إلا إذا كان **مكلفاً** » . ولا ريب في أن الإقرار يتـوقف تمامـاً على إرادة المُقر . ويثبت النسب ـ هنا[1] ـ دون حاجة إلى بيان السبب من زواج أو اتصـال بشبهة . ويرجع ذلك إلى أن الإنسان له ولاية على نفسه فيثبت بإقراره النسب متى توافرت شروط الإقرار وهي :

١ ـ أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد لمثل المقر . وهو ما قصده المشرع عندما نص على وجوب ألا يكذب العقل أو العادة الإقرار .

٢ ـ أن يكون الولد مجهول النسب لا يُعرف له أب .

٣ ـ أن يُصادق المَقر له المِقر على إقراره إن كان مميزاً[2] .

والإقرار بهذا ـ المعنى يختلف عن التبني . فالإقرار اعتـراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب . فمن يُقر لمجهول النسب أنه ابنه يعترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية ، وأنه من صلبه ومن نطفته سواء أكان صادقاً في

---

(١) والإقرار ـ هنا ـ ليس فيه تحميل النسب على غير المقر ، راجع :
ـ بدران أبو العيني ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٦ وما بعدها .
ـ المغني لابن قدامه ، جزء ٦ ، ص ٣٩١ وما بعدها .

(٢) راجع في تفاصيل هذه الشروط :
ـ بدائع الصنائع ، جزء ٦، ص ٢٢٨ وما بعدها .
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٦ وما بعدها .
ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٢٦ ، فقرة رقم ٢٣ .
ـ حاشية قليوبي وعيمرة على شرح المنهاج ، جزء ٣ ، ص ١٤ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الواقع أم كاذباً . أما التبني فهو إما استلحاق شخصي معروف النسب إلى أب ، أو استلحاق مجهول النسب مع الاعتراف بأنه ليس ولده حقيقة[١] .

وقد أجاز القانون الفرنسي أيضاً الإقرار باعتباره طريقاً من طرق إثبات النسب[٢] . لكنه يختلف بعد ذلك اختلافاً جذرياً عن القانونين الكويتي والمصري . فالإقرار ، في الكويت ومصر ، لا يجوز العدول عن أو الاعتراض عليه من قبل المِقر . والنسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفي بعد ذلك[٣] ، حتى لو كان إقرار ضمنياً كإعداد المطلوب للولادة ، وقبول التهنئة وغير ذلك . أما القانون الفرنسي ، فقد أجاز العدول عن الإقرار والاعتراض عليه من كل ذي مصلحة ، بل من المقر ذاته (م ٣٣٩ مدني) خلال عشر سنوات من تاريخ الولادة[٤] .

---

(١) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٤١ .
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣ وما بعدها .
(٢) مادة ٣٣٥ مدني وما بعدها .
(٣) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٢ .
(٤) وقد استقر القضاء الفرنسي على ذلك :
Cour d'appel de Toulouse, 21 sept. 1987, D. 1988, P. 184, note D.H. Weilér.
T.G.I. Paris, 19/év. 1985, D. 1986, P. 223, note E. Paillet.
Cass. civ., 21 Juill. 1987, D. 1988, P. 225, note Massip.
وفي الفقه ، انظر :
P. Kayser, Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle, D. 1987, chrm. P. 189.
J. Grasliére, L'action en désaveu et le contentieux de la présomption de légitimité., D. 1976, cron., P. 195.
P. Raumand, L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant á leur mode d'établissemant, D. 1980., chraon. P. 1 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني

الأمومة

(١٩١) اعتمد المشرع في كل مصر والكويت وفرنسا ـ هنا أيضاً ـ الحقيقة البيولوجية أساساً أو معياراً للأمومة . فالاتصال الجنسي أو العلاقة الجنسية أصل الأمومة وأصل الأبوة أيضاً . ولا يكفي الاتصال الجنسي ، بل يجب أن يكون هذا الاتصال مخصباً . ولما كان من المستحيل ـ علماً وعملاً ـ إثبات هذا الاتصال الجنسي المخضب بطريقة مباشرة ، فقد اكتفى القانون ـ في الدول الثلاث ـ بإثباته بطريقة غير مباشرة . إذ يكفي لإثبات الأمومة ، أن نُثبت واقعة الولادة . فالولادة دليل قاطع ـ حتى وقت قريب ـ على أن المرأة التي وضعت الطفل هي أمه الحقيقية بيولوجياً وقانونياً . بيولوجياً لأن البويضة التي تم تلقيحها بنطفة الرجل هي ـ قطعاً ـ بويضة المرأة التي وضعت . وقانونياً لأن القانون يعتبر ـ المرأة التي وضعت ، « أماً » للطفل المولود[١] .

ويترتب على ذلك أن نسب الولد لأمه يثبت بالولادة ، ولا يتوقف على شيء آخر . ولا فرق في ذلك بين أن تكون الولادة من زواج صحيح ، أو من

---

(١) راجع في ذلك :
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ٥٦٩ .
ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، فقرة رقم ١١ .
ـ بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها .
وفي الفقه الفرنسي :
J.R. Devichi, La gestation pour le Compte d'autrui, art. préc., P. 152, n° 15.
P. Kayser, les limites morales et juridiques de la procréation artificielle, préc., P. 194.
J.L. Baudouin et C.L. Riou, Op. Cit., P. 211 et s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

زواج فاسد ، أو من سفاح أو وطء بشبهة ، أو مخالطة مطلقة ثلاثاً في عدتها ، وإذا ما ثبت النسب بالولادة فلا يمكن نفيه بعد ذلك .

لكن ثبوت نسب الطفل في هذه الحالة يتوقف على تحقق أمرين : إثبات تحقق الولادة ، وتعيين المولود . وتختلف طريقة إثبات الولادة بحسب ما إذا صدق الزوج زوجته في دعواها ، أو أنكر عليها ذلك . فإذا صدقها فإن ولادتها تثبت . أما في حالة الإنكار فإن الحكم يختلف تبعاً لحالة المرأة وما إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي ، أو معتدة من طلاق بائن أو معتدة من وفاة . والقاعدة العامة[1] في مثل هذه الفروض حسب الرأي الراجح هي أن الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة . إذ أن شهادة النساء تقبل وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالبكارة والثيوبة والولادة . ولذلك لا تشترط الشهادة الكاملة في إثبات الولادة لأن اشتراطها يؤدي إلى إيقاع الناس في الحرج الذي هو مدفوع بنص كتاب الله تعالى حيث يقول سبحانه : ﴿ **وما جعل عليكم في الدين من حرج** ﴾ . ويقوم الطبيب الذي باشر الولادة مقام المرأة ، أو أي رجل آخر يكون قد شاهد الولادة عرضاً لا عمداً .

أما إذا كان النزاع ليس منصباً على الولادة ذاتها ، بل على تعيين المولود نفسه من حيث نوعه مثلاً ، أو شخصيته ، فإن تعيين المولود لا يحتاج إلى الشهادة الكاملة ، وإنما يكفي لتعيينه شهادة امرأة واحدة من أهل العدالة أو شهادة الطبيب المباشر للولادة[2] .

وقد أفسح القانون ـ هنا أيضاً ـ مكاناً محدوداً لإرادة المرأة . وفي هذا نجد المادة ١٧٤ كويتي تقرر أنه : « يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها متى

---

(١) على خلاف في ذلك بين الفقهاء ، راجع :
ـ فتح القدير ، جزء ٣ ، ص ٣٠٦ .
ـ ابن عابدين ، جزء ٢ ، ص ٦٤٢ .
ـ بدائع الصنائع ، جزء ٢ ، ص ٢١٧ .

(٢) وقد اشترط مالك شهادة امرأتين ، واشترط الشافعي شهادة أربع نساء ، راجع :
ـ القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ، ص ٢٩٨ وما بعدها .
ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ، ولم تكن متزوجة ، أو معتدة وقت ولادته » . وهكذا تستطيع المرأة أن تلزم نفسها بالأمومة بإرادتها إذا توافرت شروط الإقرار السابق ذكرها . ويكفي الإقرار - هنا - لثبوت نسب الولد إذا توافرت شروطه ، دون حاجة للتحقق من واقعة الولادة ذاتها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الثاني

أحكام النسب في حالة الانجاب الصناعي

(١٩٢) يؤدي التلقيح الصناعي ، في معظم صوره ، إلى « الفصل » بين الإنجاب من ناحية والاتصال الجنسي من ناحية أخرى . وهذا « الفصل » ـ على وجه التحديد ـ يتعارض مع التصور أو المفهوم العام الذي أقام عليه المشرع ، في القوانين الكويتي والمصري والفرنسي ، رابطة النسب . وتعرض ـ بداءة ـ لوضع المشكلة .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الأول

وضع المشكلة في حالة اللجوء الى الانجاب الصناعي

(١٩٣) عرضنا بإيجاز شديدلأحكام النسب وطرق ثبوته في كل من الكويت ومصر وفرنسا وقد اتضح لنا بجلاء أن القانون ـ في الدول الثلاث ـ يعتمد ، في تنظيمه لأحكام النسب ، على وجود رابطة حقيقية بين الطفل وأبويه (والده ووالدته) . فالنسب يجب أن يكون ـ بقدر الإمكان ـ انعكاساً للحقيقة حتى يكون النسب كرابطة قانونية متفقاً مع النسب كرابطة واقعية أو حقيقية . فالأب ليس أباً قانونياً واجتماعياً فقط ، وإنما هو أيضاً أب حقيقي تربطه بالمولود رابطة بيولوجية . كذلك الحال بالنسبة للأم . فالطفل المولود من صلبهما أو مائهما معاً ، وما رابطة النسب قانوناً إلا غطاء لهذه الرابطة البيولوجية .

ويقوم هذا التصور لرابطة النسب على حقيقة مقتضاها أن الاتصال الجنسي كان هو الطريقة الوحيدة للإنجاب . وكان طبيعياً ـ في ظل هذا التصور ـ أن يفترض الشرع أن من تضع مولوداً فهي أمه حقيقة لأنه تكوّن من « مائها » وخرج من أترابها . كما كان طبيعياً أيضاً أن يفترض أن المولود الذي يبدأ حمله أثناء الزواج هو ابن للزوج حقيقة أيضاً . فالزوجة مقصورة على زوجها ، له وحده دون غيره الاستمتاع بها ، كما أنها تلتزم بالإخلاص لزوجها . ولذا كان من الطبيعي أن نفترض أن المولود من « ماء » الزوج خرج من صلبه هو دون غيره . وانطلاقاً من حرص الشرع على وجوب أن يرتبط الطفل بأبيه برابطة حقيقية (بيولوجية) ، أجاز القانون للزوج أن يُنكر نسب الولد له بحثاً عن الأب الحقيقي للطفل .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن هذا التصور الذي بُنيت عليه أحكام وقواعد النسب قد انقلب رأساً على عقب ، سواء بالنسبة لثبوت الأبوة ، أو بالنسبة لثبوت الأمومة . فالشرع قد أقام « هيكل » النسب على أساس أن الإنجاب هو ثمرة اتصال جنسي مُخصب بين الزوجين ، وأن الإنجاب ليس له طريقة أخرى سوى الاتصال الجنسي المُخصب . ثم جاء التلقيح الصناعي ، وبدأ في الانتشار بطرقه المختلفة . وإذ بنا نشاهد ـ عملاً ـ وأمام أعيننا أن الاتصال الجنسي لم يعد الآن ـ كما كان من قبل ـ هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب ، وإنما وُجد بجانبه ـ منذ عقدين من السنين ـ التلقيح الصناعي . أصبح من الممكن ـ بفضل التلقيح الصناعي ـ أن يحدث الحمل والوضع دون اتصال جنسي بين المرأة والرجل . وبذلك انهار الأساس الذي أُقيم عليه « بناء » قواعد وأحكام النسب .

والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن المشكلة أو صعوبة تحديد النسب في حالة اللجوء إلى الإنجاب الصناعي ترجع إلى عدة عوامل : من ناحية ، الفصل بين الإنجاب من ناحية ، والاتصالي الجنسي من ناحية أخرى . فالإنجاب لم يعد ـ كما كان من قبل ـ نتيجة حتمية ولازمة للاتصال الجنسي . إذ أصبح ـ الآن ـ من الممكن حدوث الإنجاب دون اتصال جنسي بين الزوجين . ومن ناحية أخرى ، فإن الإنجاب لم يعد علاقة شخصية وخاصة بين الزوجين ، وإنما أصبح من الممكن أن يتدخل فيها طرف آخر ، وتدخله ـ هنا ـ ضروري ولا غنى عنه لنجاح عملية التلقيح في بعض الحالات . وأخيراً ، فقد أصبح من الممكن ـ حالياً ـ تجزئة مدة الحمل بعد أن كانت مدة واحدة يستحيل تجزئتها . فالحمل ينتهي بأحد أمرين لا ثالث لهما : إما اكتمال مدته ، ومن ثم ينتهي بالوضع ، وإما عدم اكتمالها لسبب أو لآخر ، وينتهي ـ من ثم ـ بالسقوط أو الإسقاط (الإجهاض الإرادي) ويستحيل ـ في ضوء ذلك ـ أن يحدث التلقيح (الحمل) ثم يوقف مدة زمنية معينة ، ثم يعود مرة أخرى ! أما الآن ـ بعد نجاح عملية التجميد ـ فقد أمكن حدوث التلقيح في أنبوب اختبار ، ثم يُحتفظ بالبويضة الملحقة مدة زمنية معينة عن طريق تجميدها في

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

جو مناسب لذلك ، ثم يُعاد زرع البويضة ـ بعد انقضاء هذه المدة ـ في رحم المرأة التي ترغب في الحمل . ويلاحظ أن مدة الحمل تحسب ـ بداهة ـ من تاريخ حدوث التلقيح في وعاء الاختبار ، وهي المدة التي تمكث خلالها البويضة في الأنبوب (٢١ يوماً مثلاً) . ثم تستكمل مدة الحمل بعد زرع البويضة الملقحة في الرحم . أما المدة التي تم تجميد البويضة الملقحة خلالها ، فلا تحسب من مدة الحمل لأن البويضة لا تنمو نهائياً خلال هذه الفترة التي قد تطول لشهور وربما سنوات . وهكذا تُجزأ مدة الحمل (تسعة أشهر عادة) إلى مدتين : مدة سابقة على التجميد (٢١ يوماً عادة) ، ومدة لاحقة على التجميد (الباقي من مدة الحمل) .

ويترتب على هذه الأمور ـ في نظرنا ـ نتائج في غاية الخطورة : أولها ، أن الزواج لم يعد ـ في ظل التصور الجديد ـ ضرورياً للإنجاب . وطالما أن الإنجاب أصبح ـ بفضل التلقيح الصناعي ـ ممكناً دون اتصال جنسي ، فلماذا الزواج إذن ؟! ثانيهما ، أن رابطة النسب ستفقد طابعها الاجتماعي باسم الرغبة الفردية في الحصول على الولد ، واحترام الحياة الخاصة للأفراد . وربما تفلت رابطة النسب بذلك من القيود التي فرضها المجتمع على ممارسة الأفراد لرغباتهم وحرياتهم . وأخيراً ، فإن رابطة النسب أصبحت موزعة على أكثر من شخص بفعل تدخل الغير في عملية الإنجاب . فالنسب ـ دائماً ـ رابطة ثلاثية تربط كلاً من الأب والأم والولد ـ أما الآن فأصبحت موزعة على أربعة أشخاص : الزوجين ، الطفل ، « الغير » . وأصبحت المشكلة ـ الآن ـ هي تحديد تأثير وجود هذا « الغير » على أحكام وقواعد النسب كما حددها القانون ، وهو ما سنعرض له فيما يلي على أساس التفرقة بين أحكام النسب في حالة تدخل «الغير» في الإنجاب الصناعي ، وأحكامه بدون تدخل هذا «الغير» .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثاني

الانجاب الصناعي بدون تدخل الغير

(١٩٤) الفرض ـ هنا ـ أن التلقيح الصناعي قد تم بين رجل وامرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة . والأصل أن هذا الفرض لا يُثير صعوبة تذكر سواء تم التلقيح داخلياً ، أي داخل رحم الزوجة ، أم خارجياً ، أي في أنبوب اختبار ثم تزرع البويضة الملقحة بعد ذلك في رحم المرأة التي ترغب في الحمل (الزوجة) . حيث يستفيد المولود ـ حينئذٍ ـ من قرينة الأبوة التي تقضي باعتبار الزوج « أباً » له إذا توافرت الشروط السابقة الإشارة إليها .

فقرينة « الأبوة » تطبق إذا توافرت شروطها بصرف النظر عن وسيلة التلقيح . فالقانون لم يشترط لتطبيقها أن يكون الإنجاب قد تم بناءً على اتصال جنسي بين الزوجين . ومن ثم ، يستوي ـ في نظر القانون ـ أن يكون التلقيح قد حدث طبيعياً (اتصال جنسي) أو صناعياً . فالمهم أن الحمل قد حدث « بماء » الزوج نفسه . ولا يهم ـ بعد ذلك ـ طريقة وصوله إلى رحم الزوجة . كما أنه لا صعوبة أيضاً ـ في هذه الحالة ـ بالنسبة لتحديد نسب المولود من جهة الأم . فأمه هي التي ولدته شرعاً وقانوناً وحقيقة (بيولوجياً) .

لكن إذا كان الفصل بين الإنجاب والاتصال الجنسي لم تترتب عليه ـ في هذا الفرض ـ صعوبات تذكر ، فإن تجزئة مدة الحمل تُثير ـ على العكس ـ بعض الصعوبات التي تحتاج إلى تحليل .

فقد رأينا أن تجميد البويضة الملقحة مدة زمنية معينة يؤدي إلى تجزئة مدة الحمل إلى مدتين : إحداهما قبل زرع البويضة الملقحة ، والثانية بعد عملية الزرع . إذ قد تستجد بعض الظروف التي قد تؤثر على « أبوة » المولود

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

خلال فترة تجميد البويضة . فقد يتوفى الزوج في هذه الفترة ، أو تنتهي بينهما العلاقة الزوجية بالطلاق . وهنا يجب - في نظرنا - التفرقة بين فرضين :

(١٩٥) **الفرض الأول** : أن تتم عملية الزرع بعد الوفاة أو الطلاق ، وتأتي الزوجة بالولد خلال سنة من تاريخ الوفاة أو البينونة في القانونين الكويتي والمصري ، أو خلال ٣٠٠ يومٍ من تاريخ الوفاة في القانون الفرنسي . (مادة ٣١٥ مدني فرنسي) . في هذا الفرض يستفيد المولود من قرينة « الأبوة » ويُنسب - من ثم - للمتوفي أو المُطلق حسب الأحوال . وفي ذلك تنص المادة ١٧١ أحوال شخصية كويتي على أن : « معتدة البائن أو الوفاة إذا لم تقر بانقضاء عدتها ، يثبت نسب ولدها إذا جاء به خلال سنة ، خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ البينونة أو الوفاة » .

(١٩٦) **الفرض الثاني** : أن تتم عملية الزرع ، وتضع الزوجة المولود بعد مضي أكثر من ٣٦٥ يوماً في القانونين المصري والكويتي ، و ٣٠٠ يوماً في القانون الفرنسي[١] . فلا يستفيد المولود - في هذه الحالة - من قرينة « الأبوة » لتخلف أحد شروط تطبيقها .

لكن هل يمكن اعتبار موافقة الزوج قبل وفاته على إجراء عملية التلقيح الصناعي إقراراً منه بنسب المولود له؟ قد يبدو صحيحاً - عقلاً ومنطقاً - اعتبار موافقة الزوج على إجراء التلقيح الصناعي إقراراً ضمنياً منه على أن المولود من مائه ، وخرج من صلبه ، ومن ثم فهو أبوه الحقيقي . لكن مثل هذا القول المنطقي يتعارض مع « فلسفة » الإقرار وطبيعته . فالإقرار بالنسب لا يصدر عن الزوج ، وإنما عن رجل لا تربطه بالمرأة التي وضعت المولود علاقة زواج شرعية . ومما يؤكد ذلك أن المادة ١٧٣ أحوال شخصية كويتي حينما نظمت الإقرار ، تكلمت عن الإقرار الصادر عن « الرجل » وليس عن « الزوج » ،

(١) N.J. Mazen, L'insemination artificielle: une realité ignorée par le législateur J.C.P., 1978, 2899, n° 20.

B. Heno, Le declin des fins de non - recevoir dans le droit de la filiation, 1975, 1, 2706.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

على عكس المـواد التي نـظمت النسب في الـزواج حيث تكلمـت عن « الزوج » . وإذا قيل إن « الرجل » الصادر عنه الإقرار قد يكون زوجاً ، إذ لفظ « الرجل » يشمل الزوج وغيره ، فالرد على ذلك هو أن الزوج ليس في حاجة إلى إقرار حتى يُنسب الولد له . فالمولود يستفيد من قرينة « الأبوة » ، إذا توافرت شروطها دون أن يتوقف ذلك على موافقة الزوج وإقراره . وللزوج أن يعترض على النسب . بإنكاره ، لكنه ليس في حاجة إلى الإقرار لثبوت النسب له . إذ إن النسب ثبت بمجرد توافر شروط قرينة « الأبوة » دون حاجة إلى أي إجراء آخر .

وليس أمـام الأم ، أو الابن ، طريقـة لإثبات النسب من المتـوفي أو المطلق سوى اللجوء إلى البينة . والبينة المثبتة للنسب هي شهـادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين عدول[1] . لكن لأن الدعوى . في هذه الحالة ـ بأصل النسب ، وهو الأبوة ، فإنه يجب التفرقة بين حالتين : إذا كان المدعي عليه (الأب) حياً ، تسمع الدعوى مجردة . إذ لا يشترط أن تكون ضمن دعوى بحق آخر لأن النسب ، في هذه الحالة ، يُقصد لذاته أما إذا كانت الدعوى بعد وفاة الأب ، فلا تسمع دعوى النسب إلا ضمن دعوى بحق آخر كالإرث مثلاً . إذ النسب في هذه الحالة لا يُقصد لذاته ، وإنما لما يترتب عليه من حقوق[2] .

وقد قيد القانون الفرنسي دعوى البحث عن « الأبوة » وثبوتها في مثل هذه الحالة بقيود معينـة . حيث يجب لإعلان ثبـوت الأبوة قضـاء أن تقدم الزوجة أو الولد خطاباً أو « كتابة » أخرى صادرة عن الزوج « الأب المزعوم » تفيد ثبوت الأبوة بوضوح ودون أي غموض[3] لكن الورثة يستطيعون الدفع

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ .

(٢) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٣٢ ، فقرة رقم ٣٠ .
ـ البدائع ، جزء ٦ ، ص ٢٥٤ .

(٣) مادة ٣/٣٤٠ مدني فرنسي .

P. Rayand, L'inegalité des filiations légitime et naturelle quant á leur modes l'établissement, D. 1980, chron., P. 1 e s.

Cass. Civ., 1er ch., 3 Janv. 1980, Bull. Civ., P. 4.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بعدم قبول الدعوى على أساس أن الأب « المزعوم » كان يستحيل عليه ، خلال مدة الحمل ، أن يكون « أباً » لوفاته ، أو ابتعاده عن الزوجة خلال الفترة نفسها[1] وقد يبدو هذا الدفع ـ مع ذلك . ضعيفاً لأن الثابت أن التلقيح قد حدث قبل الوفاة أو الطلاق .

لكن اللجوء ـ مع ذلك ـ إلى البينة لإثبات النسب في هذا الفرض يبدو غريباً ، بدرجة أو بأخرى ، من أكثر من ناحية . فالزوج يُعامل ـ هنا ـ معاملة الأجنبي تماماً عن الزوجة مع أنه كان وقت حدوث عملية التلقيح زوجاً شرعياً لها .

والاعتراف ـ من ناحية أخرى ـ للولد بالنسب لرجل بناءً على الشهادة مع أن هذا الرجل كان مرتبطاً ـ قبل وفاته ـ بالأم برابطة زوجية مشروعة ، وحدث الحمل حال الحياة الزوجية (التلقيح الصناعي في وعاء الاختبار) ! .

والحقيقة أن هذه المفارقات ترجع في مجملها إلى عدم ملاءمة أحكام وقواعد النسب الحالية للإنجاب الصناعي . فأحكام النسب الحالية تنطلق من مفهوم أو تصور معين مقتضاه أن الإنجاب هو النتجية الطبيعية للاتصال الجنسي ، في حين أن التلقيح الصناعي يقوم على الفصل بين الإنجاب والاتصال الجنسي .

---

(١) مادة ٣٤٠ ـ ١ فقرة « ٢ » .

B. Heno, art. Préc., N° 5.

Raymond, Volonté individuelle et filiation par le sang, Rev. trim. dr. Civ., 1982, P. 538.

B. Oppetit, Le fins de non - recevoir á l'action en recherche de paternité naturelle, Rev. trim. dr. Civ., 1967, P. 323.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المبحث الثالث

الانجاب الصناعي بتدخل الغير

(١٩٧) رأينا من قبل أن بعض طرق التلقيح الصناعي تقتضي ـ حتماً ـ تدخل « الغير » باعتباره طرفاً لا غنى عنه في عملية الإنجاب ذاتها . ولا ريب في أن تدخل « الغير » في عملية الإنجاب ينعكس ـ حتماً ـ على علاقات النسب بين أطراف عملية التلقيح . وقد يكون هذا الغير متبرعاً بنطفة مذكرة ، أو ببويضة مؤنثة ، أو رحم لحمل البويضة .

ونعرض فيما يلي لحكم كل فرض من هذه الفروض كلٍ على حدة .

المطلب الأول

التبرع بنطفة مذكرة

Sperme

(١٩٨) رأينا أن للإنجاب الصناعي طرقاً ووسائل مختلفة بعضها يهدف إلى علاج عقم المرأة ، والبعض الآخر يهدف إلى علاج عقم الزوج . ولا يخرج الأمر ـ في حالة عقم الزوج ـ عن أحد أمرين : إما أن تكون نطفة الرجل « مخصبة » أو غير « مخصبة » . فقد تكون نطفة الرجل « مخصبة » لكنه غير قادر ، لسبب ما ، على إيصال « مائه » وقت الجماع إلى الوضع المناسب . حينئذٍ تؤخذ النطفة الذكرية منه وتُحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي ـ طبيعياً ـ بالبويضة التي تفرزها الزوجة .

أما إذا كانت نطفة الرجل غير « مخصبة » أصلاً ، فإن حدوث الحمل بواسطة نطفته أصبح ـ بذلك ـ مستحيلاً ، ومن ثم لا مفر ـ في هذا الفرض ـ من اللجوء إلى الحصول على نطفة رجل أجنبي تم تلقيح بويضة الزوجة

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بها ، ويسمى صاحب النطفة في هذه الحالة متبرعاً . ولا ريب في أن هذا الأسلوب حرام شرعاً لأن النطفة ليست للزوج ، لكن الإقدام عليه ـ مع ذلك ـ يقتضي ـ حتماً ـ تحديد نسب الطفل طبقاً للقواعد العامة للنسب . فالطفل لا ذنب له فيما حدث ، بل هو ـ إن شئنا الدقة ـ ضحية لما اقترفه أطراف التلقيح الصناعي : المتبرع ، الأب « القانوني » ، والأم .

لكن تحديد نسب الطفل في حالة التبرع بنطفة مذكرة يقتضي التفرقة بين ما إذا كانت المرأة التي تم تلقيح بويضتها بالنطفة متزوجة أم غير متزوجة .

الفرع الأول
المرأة غير المتزوجة

(١٩٩) والواقع أن هذا الفرض قد لا يثير صعوبات عملية كبيرة ـ فالمرأة التي تم تلقيحها بالنطفة « المتبرع بها » هي أم للطفل من الناحيتين القانونية والبيولوجية . فالبويضة التي تم تلقيحها هي بويضتها ، إذن فالطفل من صلبها ، ومن ثم يُنسب إليها حقيقة . كما أنها هي التي ولدته ، وقد رأينا أن الأم ـ قانوناً ـ هي التي حملت الطفل ووضعت . فالوضع ـ كما رأينا ـ قرينة على الأمومة ، بل هو قرينة لا تقبل نفيها بعد ذلك[١] . لكن الطفل يُعلن ـ في هذا الفرض ـ باسم أمه وبأب غير مسمى[٢] .

أولاً : طلب الطفل :

(٢٠٠) لكن الطفل قد يطلب ـ بعد ذلك ـ معرفة « أصله » الحقيقي ، والبحث عن أبيه « المتبرع بالنطفة » . توجد ـ بداءة ـ استحالة عملية تقف

---

(١) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، رقم ١١ .

(٢) C. Scapel, que reste-t-il de la paix de la famille - aprés la réforme du droit de la filiation, J.C.P., 1976, 1, 2757.

C. Colonbet, J. Foyer, S.H. Weilleer et c.L. Reou, La filiation légitime et naturelle, étude de la loi du 3 Janv. 1972, D. 1973.

G. Cornu, La procréation artificielle et les structures de la parenté, art. préc, 1986, P. 454 e s.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

عقبة أمام الطفل في سعيه وبحثه عن أبيه ، وهي أن المتبرع يكون مجهولاً . وهو أمر تحض عليه المراكز المتخصصة في ذلك في كثير من الدول الأوربية[1] . ومع ذلك ، فإن بقاء « المتبرع » مجهولاً هو « سر » قد يستحيل الحفاظ عليه إلى ما لا نهاية . وحينئذٍ يثور التساؤل عن مدى أحقية الطفل في البحث عن أبيه الحقيقي .

والحقيقة - في اعتقادنا - أن المسألة تتجاوز كثيراً مجرد إرضاء رغبة الطفل في البحث عن أبيه الحقيقي ، مع التسليم بأنها رغبة مشروعة . ذلك أن مصلحة « المتبرع » يجب أن تأخذ - هي أيضاً - في الاعتبار . وقد تبدو - على الأقل في بعض الحالات - معارضة لمصلحة الطفل في العثور على من ساهم في تكوينه . فهو - حين تبرع - ربما لم يكن يعرف أن نطفته ستستخدم في تلقيح امرأة لا تربطه بها أية علاقة وقد لا يرغب أن يكون « أباً » وما يترتب على ذلك من التزامات تلقى على عاتقه ماليه وغير ماليه . وهو - على كل حال - متبرع لا يجب أن نلزمه بأية أعباء رغماً عن إرادته ، وتتعارض مع رغبته . وقد يجد نفسه معرضاً « بملاحقة » في الوقت الذي ينتظر فيه - بحق - توجيه الشكر له ! .

ولذلك نعتقد أنه تجب التفرقة بين مشكلات ثلاث قد تبدو - على الأقل للوهلة الأولى - متداخلة : الأولى هي معرفة ما إذا كان من الملائم أن نسمح أولا للطفل بالبحث عن أبيه الحقيقي ، والثانية معرفة ما إذا كان « تحديد » الأب الحقيقي - على فرض السماح به - يؤدي إلى خلق علاقة قانونية بينه وبين الطفل ، الثالثة والأخيرة التساؤل حول مدى ملاءمة توقع النتائج التي ترتب على اكتشاف الأب الحقيقي مقدماً .

بالنسبة للمشكلة الأولى ، يلاحظ أن هناك كثيراً من الدول الأوربية ،

---

(١) J.L. Baudauin et C.L. Riou, Op. Cit., P. 52. et s.
C. Labrusse et G. Cornu, Droit de la filiation et progrés scientifiques, éd. econonicer, 1982, P. 93.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

باستثناء السويد والنمسا[1] ، تذهب إلى ضرورة بقاء المتبرع مجهولاً . فشخص المتبرع إذن « سر » ويجب أن يبقى كذلك إلى الأبد . ومن ثم ، ترفض اطلاع الطفل على أية بيانات تمكنه من تحديد أبيه الحقيقي . إذن فمثل هذه الدول ترى أنه ليس من الملائم السماح للطفل أن يبحث عن أبيه الحقيقي . والحقيقة أن مثل هذا الموقف يجد « أساسه » في عدة اعتبارات : من ناحية ، أن من يتبرع بنطفته له الحق ـ هو الآخر ـ في حمايته . فالتبرع بالنطفة يتم ، أساساً ، بهدف الإيثار وأداء خدمة للغير . فالإيثار إذن أو الغيرية هو الهدف الذي يكمن وراء التبرع بالنطفة . ومن ثم ، فالتبرع بالنطفة لأداء خدمة لأسرة تعاني من العقم لا يعني ـ كقاعدة ـ أن المتبرع يريد ، بناءً على ذلك ، أن يُقيم أية علاقة مع الطفل من أي نوع . ومن ناحية أخرى ، فإن المتبرع قد يُحجم عن تبرعه إذا ما علم أن الطفل قد يبحث عنه ، بعد سنوات ، لمحاولة إقامة علاقة « أبوة » معه . ويرى أنصار هذا الاتجاه[2] عدم جواز القياس ـ في هذه الصدد ـ على التبني ، حيث يجوز ـ في حالة التبني ـ للطفل أن يبحث عن « أصله » من ناحية الأم ، أو من ناحية الأب . فالتبني « سر » مشترك بين الأبوين والغير ، ولذلك فمخاطر اكتشافه أعلى بكثير من الوضع في حالة التلقيح الصناعي . كما أن البحث عن الأم التي حملت الطفل تسعة أشهر وتحملت آلام الوضع يختلف تماماً عن البحث عن رجل لم يفعل سوى أنه أعطى ـ خلال لحظات ـ بعض الخلايا الجرثومية .

وقد اتخذت بعض الدول ، مثل السويد مثلاً[3] ، موقفاً عكسياً ، يقوم على الصراحة التامة بالنسبة لكافة الأطراف ، فشخص المتبرع إذن ليس مجهولاً . ومن ثم يحق للطفل أن يسعى في البحث عن والده الحقيقي قياساً على التبني . لكن الطفل لا يستطيع ، كقاعدة عامة ـ الحصول على كافة

---

(١) J.L. Baudouin et C.L. Riou, Op. Cit., P. 53.

(٢) C. Labrusse et G. Cornu, Droit de la filiation et progrés scientifiques, Op. Cit., P. 150 et s.

(٣) وذلك بعد صدور قانون أول مارس ١٩٨٥ م.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المعلومات التي تهمه للبحث عن أصله إلا عند بلوغ سن الثامنة عشرة . ومن ثم ، فقد فضل القانون السويدي مصلحة الولد ـ عند الموازنة ـ على مصلحة المتبرع ، التي تجاهلها تماماً .

وفي القانونين المصري والكويتي ، حيث لم تنظم هذه السائل بقواعد خاصة ، فإن القواعد العامة لا تمنع من سعي الطفل لإثبات نسبة من أبيه الحقيقي عن طريق البينة ، وهي ـ كما رأينا ـ شهادة رجلين أو رجل وامرأتين . فإذا ادعى شخص (الطفل) أن فلاناً أب له ، فأنكر المدعي عليه تلك الدعوى ، فأقام المدعى البينة على دعواه ، قبلت هذه الدعوى ، وثبت النسب بها ، سواء أكان المدعي عليه حياً أم ميتاً . لكن إذا كانت الدعوى بعد الوفاة فإنها لا تسمع إلا إذا كانت ضمن حق آخر[1] . أما في القانون الفرنسي ، فإن دعوى بحث الطفل عن أبوته تبدو غير مقبولة حيث حددت المادة ٣٤٠ مدني خمس حالات لقبول الدعوى ليس من بينها الحالة التي نحن بصددها الآن[2] .

أما عن المشكلة الثانية والتي تتعلق بمدى إمكانية إنشاء علاقة قانونية بين الطفل وأبيه الحقيقي ، فإنها تتوقف ـ بداهة ـ على الحل الذي يمكن الأخذ به بالنسبة للمشكلة الأولى . فالدول التي تسمح ، كالسويد ، للطفل بالحصول على المعلومات الضرورية لتحديد أبيه الحقيقي ، تُجيز ـ منطقياً ـ الاعتراف ـ قانوناً ـ بعلاقة « الأبوة » بين الطفل وبين من ساهم في « تكوينه » . أما الدول التي ترى ضرورة الاحتفاظ « بشخص » المتبرع « سراً» لا يعرفه أحد إلى الأبد ، فترفض نشأة أية علاقة قانونية بين الطفل والمتبرع بالنطفة .

والحقيقة أن الاعتراف بعلاقة « الأبوة » بين الطفل والمتبرع بالنطفة تتعارض تماماً مع « نية » المتبرع من ناحية ، ومع الواقع من ناحية أخرى .

---

(١) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٣٢ ، فقرة رقم ٣٠ .
ـ أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

(٢) N.J. Mazen, art. préc., n° 26.
P. Raynaud, art. préc., D. 1980, P. 1.
G. Raymond, art. préc., n° 26.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فالتبرع قد تم ـ فقط ـ بهدف إداء خدمة للغير ، ينتهي بعدها دور المتبرع تماماً ليختفي من حياة كافة الأطراف . وفي ظل هذا التصور ، يبدو غير منطقي اعتبار المتبرع « أباً » مع ما يترتب على ذلك من مسئوليات جسام كالالتزام بالرعاية والنفقة ، فضلاً عن حق الطفل في الميراث . ومن ناحية أخرى ، فإن « الأبوة » ـ في الأصل ـ رغبة فهي إذن مطلوبة ومرغوبة ، وليست مفروضة قسراً وجبراً على من لم يُفكر ـ يوماً ـ فيها . فالأبوة ـ بهذا المعنى ـ تبدو أقرب إلى « العقوبة » على من فكر في تأدية خدمة لأسرة تعاني من العقم ، وأراد أن يساعدها على تحقيق رغبتها في الحصول على « ولد » .

وبالرغم من « منطقية » هذه الاعتبارات ـ أو معظمها على الأقل ـ فإننا نميل إلى القول بإعطاء الولد حق البحث عن أبيه الحقيقي ، وثبوت نسبة له في حالة نجاحه في العثور عليه .

لأن الطفل هو ـ بجميع المقاييس ـ ضحية لعملية دنيئة اشتركت فيها جميع الأطراف ، ومنهم من تبرع بنطفته . فالنطفة ليست « لعبة » في « يد » الرجل يمنحها من يشاء ، ويمنعها عمن يشاء ، بل هي أساس وجود الكائن البشري بوجه عام ، والمتبرع يعلم تماماً أن استخدام نطفته في التلقيح يؤدي ـ بالضرورة ـ إلى خلق كائن بشري ينتسب ـ حقيقة ـ له . ومن هنا تبدو رغبة الطفل في الانتساب لأبيه الحقيقي مشروعة تماماً ، ويجب ـ من ثم ـ مساعدته على ذلك . لكن مثل هذا القول يصعب الأخذ به من الناحية الشرعية . فثبوت النسب من الرجل له أسباب متعددة ليس من بينها الزنا أو ما يُلحق بالزنا ، كالزواج الصحيح والفاسد ، أو الاتصال بالمرأة بناءً على شبهة ، أو مخالطة الرجل جاريته التي يملكها ملك يمين[1] . أما إذا كان الاتصال بالمرأة ليس قائماً على عقد زواج صحيح أو فاسد ، أو شبهة تمحو وصف الزنا عن الرجل ، فإن النسب لا يثبت . فمن زنا بامرأة وجاءت بولد لا

(١) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ١٦ .
ـ حاشية ابن عابدين ، جزء ٢ ، ص ١٢٣ ، ٦٢٣ ، ٦٢٦ ، ٦٢٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يثبت نسب الولد من الزاني ، لأن الشريعة أهدرت الزنا وأبطلت ما كان عليه أهل الجاهلية من اعتباره مثبتاً للنسب . فالنسب نعمة والزنا محظور شرعاً ، ولا يُعقل أن تنال النعم بارتكاب المحظور[1] . وفي ذلك يقول الرسول الكريم ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . أي أن النسب يثبت بالفراش ، أي بالزواج ، أما العاهر (الزاني) فله الحجر أي الخيبة والعقوبة المقررة شرعاً[2] .

ولا شك في أن تلقيح امرأة بنطفة رجل أجنبي عنها لا يربطه بها زواج صحيح أو فاسد ، وإن كان ليس زنا بالمعنى المحدد شرعاً وقانوناً[3] ، إلا أنه يلتقي معه في إطار واحد : « جوهرهما واحد ، ونتيجتهما واحدة ، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية »[4] . وبذلك يمكن القول بأن التلقيح الصناعي في هذا الفرض يأخذ حكم الزنا من حيث أنه لا يثبت به النسب من الرجل . وإذا كان التبني لا يثبت به النسب في الإسلام[5] ، فإن ذلك الحكم يجب أن يطبق - من باب أولى - على التلقيح الصناعي بغير ماء الزوج . فهو - أي التلقيح الصناعي بهذه الطريقة - أفظع جرماً وأشد نكراً من التبني . فالتبني يؤدي إلى إدخال عنصر غريب في سلسلة النسب مع العلم أن الولد المتبني ليس حلقة في سلسلة الأسرة . أما « ولد » التلقيح فهو يؤدي إلى ذات النتيجة التي يؤدي إليها التبني ، وهي إدخال عنصر غريب في النسب ، بالإضافة إلى التقائه مع الزنا في إطار واحد .

---

(١) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٢٧ .
(٢) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٨ ، هامش رقم (١) .
- أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠ .
- المغني لابن قدامة ، جزء ٧ ، ص ١٢٩ .
(٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٧٤ وما بعدها .
(٤) محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ .
(٥) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣ .
- يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أما بالنسبة للمشكلة الثالثة : فهي التي تتعلق بمدى ملاءمة « كشف » السر في بعض الحالات . وهي مشكلة لا تثور ـ بداهة ـ إلا في الدول التي تعتبر « هوية » المتبرع سراً يجب أن يبقى كذلك إلى الأبد . والمفروض أن « كشف » السر ـ هنا ـ لا يكون بهدف مساعدة الطفل على البحث عن أبيه الحقيقي ، فهو أمر مرفوض في غالبية الدول ، وإنما لأغراض أخرى كالعلاج من أمراض معينة مثلاً أو الوقاية منها . فالتقدم العلمي ، سواء في الطب أو في الوراثة قد أظهر أن علاج بعض الأمراض ، أو الوقاية منها ، يحتاج إلى معرفة « الذمة » الوراثية للشخص المريض ، وبالتالي ضرورة تتبع أو اقتفاء سلسلة نسبه . فقد يحتاج « ولد » التلقيح إلى إجراء عملية زرع لأحد الأعضاء البشرية لعلاجه من مرض ما . وقد تحتاج عملية الزرع ، لتوفير أكبر فرص لنجاحها ، وإجراء مقارنة ، بالنسبة لبعض الأمور ، بين المريض والمتبرع . وقد يبدو من المفيد ، بالنسبة للمريض « ولد » التلقيح ، معرفة أبيه الحقيقي وما علا لضمان توافر أحسن فرص لنجاح العملية .

ولكن وضع نظام لمثل هذه الأمور موضع التنفيذ يبدو ـ عملاً ـ صعباً بل شائكاً . فمصلحة المريض تقتضي ـ دون شك ـ تتبع أصله لجهة الأب حتى يتمكن الطبيب المعالج من أداء عمله في ظل أفضل الظروف . لكن ذلك يعني ـ دون شك أيضاً ـ أن يعلم فريق الأطباء التي يتولى العلاج أن المريض هو « ولد » تلقيح ، وقد يرغب المريض نفسه في الاحتفاظ بذلك سراً لا يعلمه أحد ، أو قد يرغب والداه في حجب هذا السر عن الولد نفسه ، ويخشيان أن يصل إليه بطريقة أو بأخرى . هذا فضلاً عن أن فريق الأطباء سيعرف ـ حتماً ـ الأب الحقيقي للمريض ، مع ما في ذلك من مخاطر إفشاء هذا السر . وأخيراً ، فقد لا توجد الضمانات الكافية التي تؤكد أن الحصول على هذه المعلومات الوراثية لن تستخدم إلا في أغراض طبية ، لا في أغراض أخرى[1] .

---

(١) في هذا المعنى :

J.L. Baudouin et c.L. Riou, Op. Cit., P. 55, 56.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثانياً : طلب المتبرع :

(٢٠٢) قد يعلم المتبرع ، بطريقة أو بأخرى ، « هوية » الطفل نتاج نطفته . وقد يسعى لإقرار علاقته الحقيقية بالطفل وإضفاء الصفة القانونية عليها . أي أن المتبرع يريد أن يُصبح «أباً» قانونياً للطفل مع ما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات يعلمها ويوافق على تحملها. ولا ريب في أن وسيلته في ذلك هي محاولة تغيير العلاقة الواقعية والحقيقية بالطفل إلى علاقة قانونية ، يقرها القانون ويعترف بها ، ويرتب عليها آثارها .

ويستطيع المتبرع أن يلجأ ـ لتغيير هذا الواقع ـ إلى الإقرار بالنسب في كل من القانوني المصري والكويتي إعمالاً لحكم المادة ١٧٣ أحوال شخصية كويتي التي تنص على أن إقرار الرجل ببنوة مجهول النسب يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة ، ولم يقل أنه من الزنى . فهذا النوع من الإقرار ، الذي ليس فيه تحميل النسب على غير المقر كالبنوة والأبوة والأمومة ، يثبت به النسب من غير حاجة إلى بيان السبب من زواج أو اتصال بشبهة ، لأن الإنسان له ولاية على نفسه فيثبت بإقراره النسب متى توافرت شروطه المعتبرة قانوناً[١] .

أما في القانون الفرنسي فإن المتبرع يستطيع إضفاء الصفة القانونية على علاقته الحقيقية بالطفل على أساس المادة ٣١٣ ـ ١ مدني التي تقرر استبعاد قرينة الأبوة في حالة الطفل الذي يُعلن دون أب مسمى في شهادة الميلاد[٢] ، ولم يجز هذه « الحالة » إلا في مواجهة الأم . في هذه الحالة ، يستطيع المتبرع أن يُقر بأبوته للطفل ليُصبح ـ بذلك ـ أباً قانونياً له بل إن الأم نفسها تستطيع ، طبقاً للمادة ٣١٨ مدني ، أن تعترض على « أبوة » زوجها للطفل إذا كان الاعتراض بهدف الزواج من الأب الحقيقي للولد بعد الطلاق من الزوج .

---

(١) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .
ـ حاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج ، جزء ٣ ، ص ١٤ .

(٢) Cass. Civ., 1er ch., 9 Juin 1980, D. 1981, P. 119, note Massip.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفرع الثاني
المرأة متزوجة

(٢٠٣) الفرض ـ هنا ـ أن المرأة التي تم تلقيحها بنطفة رجل أجنبي عنها (المتبرع) متزوجة من رجل آخر ، ويُثير هذا الفرض ـ على عكس سابق ، كثيراً من الصعوبات العملية عند تحديد نسب الطفل لجهة الأب .

الغصن الاول
نسب الولد لجهة الأب

(٢٠٤) يستفيد الطفل ـ في هذا الفرض ـ من قرينة الأبوة التي يأخذ بها كل من القانون الكويتي والمصري ـ والفرنسي . ومن ثم يُنسب هذا الطفل للزوج . فالطفل في هذه الحالة ابن «قانوني» للزوج إعمالاً لقول الرسول الكريم ﷺ : « الولد لصاحب الفراش » . هذا طبعاً على فرض توافر الشروط السابق الإشارة إليها[1] .

فالزوجة ـ بحكم عقد الزواج ـ مقصورة على زوجها في الاستمتاع بها . وهي تلتزم ـ بحكم الزواج أيضاً ـ بالإخلاص له والحفاظ على عهدها له . ومن ثم ، فالولد الذي تلده لزوجة يلتحق نسبه بمن يحل له شرعاً الاتصال بها اتصالاً جنسياً وهو الزوج . وبناءً على هذه الاعتبارات ، فإن كل حمل تحمله الزوجة يُفترض أنه من زوجها لكونها مقصورة عليه ، ويحرم عليها تمكين غيره منها . ولا يخفى ما في ذلك من إحياء للأولاد ، والحفاظ على الأنساب ، والستر على الأعراض .

ومن ثم ، فالزوج هو ـ في هذا الفرض ـ أب للطفل قانوناً وحقيقة : قانوناً إعمالاً لقرينة الأبوة التي قررها القانون الكويتى صراحة في المادة ١٦٩

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ١٨٨ وما بعدها وإن كان الزوج يجب عليه ـ شرعاً ـ إنكار نسب الطفل لأنه يعلم تماماً أنه ليس منه بيقين لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **ادعوهم لأبائهم** ﴾ ، إذ يجب على الزوج نفي نسب الولد وتركه ليُنسب لأبيه الحقيقي . فإن لم يفعل فهو آثم شرعاً ، لكنه يُعتبر ـ قانوناً ـ أباً للولد .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أحوال شخصية (على فرض توافر شروط إعمالها) ، وحقيقة لأن كل حمل تحلمه الزوجة يُفترض أنه من زوجها إعمالاً للاعتبارات السابقة .

الفصل الثاني
انكار نسب الولد

(٢٠٥) ذكرنا أن قرينة الأبوة ليست ـ في القوانين الثلاثة ـ قطعية لا تقبل إثبات العكس ، بل هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات كافة . ويجوز للزوج ، وكذلك للورثة ، رفع دعوى لإنكار « أبوة » الطفل « نتاج » عملية التلقيح .

فالقول بأن كل حمل تحمله الزوجة يُعتبر من زوجها هو مجرد افتراض يقوم على اعتبارات معينة يثبت الواقع صحتها . فالزوجة مقصورة على زوجها ، ويحرم عليها تمكين غير الزوج منها . لكنها قد « تخون » هذا التعهد المفروض عليها بمقتضى عقد الزواج . لأن القانون يهدف ـ بالنسبة للنسب ـ إلى البحث عن الحقيقة البيولوجية التي تربط الولد بأبيه ، فقد أجاز للزوج أن ينفي نسب الولد له . فالحقيقة « البيولوجية » تعلو إرادة الفرد ، أو بعبارة أخرى ، يفضل المعيار البيولوجي ، في إثبات النسب ، المعيار الإرادي . والأب يجب أن تربطه بالابن ليس فقط علاقة قانونية أو اجتماعية ، وإنما أيضاً علاقة حقيقية ، أي بيولوجية بأن يكون الابن من صلبه . وإذا تعارضت العلاقة الاجتماعية مع العلاقة البيولوجية ، فالأفضلية تكون للعلاقة الأخيرة . لكن هل يستطيع الزوج إنكار نسب الطفل بالرغم من موافقته على التلقيح الصناعي لزوجته بنطفه رجل آخر ؟ لا صعوبة في الأمر إذا كان تلقيح الزوجة قد تم دون علمه وبدون موافقته . إذ يجوز للزوج ـ في القوانين الثلاثة ، نفي نسب الولد له خلال فترة معقولة من علمه بالتلقيح الصناعي من رجل أجنبي . أما إذا كان يعلم بالتلقيح ووافق عليه رغم أنه بنطفة رجل غيره ، فنجد أن موقف كل من القانوني المصري والكويتي يختلف اختلافاً جذرياً عن موقف القانون الفرنسي .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أولاً : القانون الفرنسي :

(٢٠٦) وقد أثير التساؤل تارة بالنسبة للزوج الذي يوافق على تلقيح زوجته تلقيحاً صناعياً بنطفة رجل آخر ، وتارة بالنسبة للعشيق الذي يوافق على تلقيح عشيقته صناعياً بنطفة رجل آخر ويُقر بنسب الولد له .

١ - إنكار الزوج نسب الولد :

(٢٠٧) الفرض - هنا - أن الزوج حال قيام الحياة الزوجية وافق على تلقيح زوجته بنطفة رجل آخر ، لكنه ، لسبب أو لآخر - أراد إنكار نسب الولد بعد ولادته ، فهل يُجاب إلى طلبه ؟ مصدر الصعوبة يأتي من أن الزوج ، وإن كان ليس هو الأب الحقيقي للمولود ، إلا أنه لم يُفاجأ بالطفل ، بل على العكس ، فقد وافق مقدماً على إجراء عملية التلقيح لزوجته ، الأمر الذي يُفيد ، ضمناً على الأقل ، موافقته على نسب الولد له . فالزوجة لم تُقدم على التلقيح من تلقاء نفسها وضد إرادة زوجها أو بدون علمه . وربما يكون هو الذي شجعها على ذلك ، أو زال ترددها بعد علمها بموافقة زوجها على نسبة المولود له .

لكن موافقة الزوج على إجراء عملية التلقيح بما يعني موافقته ضمناً على نسبة الولد له لا يجب أن يُخفى أن الزوج ليس هو - في الواقع - الأب الحقيقي للولد . واعتباره « أباً » قانونياً للمولود لا يعني أنه أصبح - بذلك - أباً حقيقياً أيضاً . وبذلك يوجد نوع من التعارض بين الحقيقية « الإرادية » وبين الحقيقة « البيولوجية » ، وقد رأينا أن الحقيقة البيولوجية تفضل - عند التعارض - الحقيقة « الإرادية » .

ويبدو أن هذا التفسير هو الذي اعتمدته محكمة الدرجة الأولى في نيس[1] . فموافقة الزوج على إجراء عملية التلقيح لزوجته بنطفة بجل آخر لا

---

(١) 30 Juin 1976, J.C.P., 1977, 218597, note H. Romu.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تعني أن باب دعوى إنكار نسب الطفل قد أغلق دونه[1] . وقد استند هذا القضاء على حجتين : **الأولى** ، أن الزوج قد أثبت أنه ليس هـو ـ حقيقة ـ الأب البيولوجي للولد . وهو إثبات يسهل على الزوج القيام به . إذ يكفي أن يثبت عقمه السابق على حدوث الحمل . بل إن اللجوء إلى التلقيح الصناعي بنطفة « الغير » يكفي في ذاته دليلاً على أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للولد . إذ ليس من المعقول أن يوافق الزوج على تلقيح زوجته بنطفة رجل آخر إلا إذا كان يستحيل عليه الإنجاب **الثانية** : أن كافة الدعاوي المتعلقة بالنسب لا يجوز ، إعمالاً لنص المادة ٣١١ ـ ٩ مدني فرنسي .

التنازل عنها[2] . ومن هنـا ، فإن مـوافقة الـزوج على تلقيح زوجتـه صناعياً بنطفة رجل آخر لا يمكن ـ قانوناً ـ تفسيره على أنه تنازل من جانبه عن دعوى إنكار النسب . فهذا التنازل ، على فرض وجوده ، باطل ليس له أي أثر . والحقيقة أن نص المادة ٣١١ ـ ٩ بهذا المعنى ما هو إلا انعكاس لمبدأ تقليدي من مبادىء القانون الفرنسي مقتضاه أن « حالة » الشخص لا يجوز التصرف فيها[3] . وما التنازل إلا صورة من صور التصرف .

ب ـ اعتراض العشيق على إقراره بنسب الولد :

(٢٠٨) والفرض ـ هنا ـ أن عشيقاً ، وليس زوجاً كما هو الحال في الفرض السابق ، قد وافق على تلقيح عشيقته بنطفـة رجل آخـر مجهول ، وأقر ـ بالإضافة إلى موافقته على التلقيح ـ بنسب الولد له . لكنه أراد ، لسبب

---

(١) في هذا المعنى :

T.G.I. Paris, 17 fév. 1985, D. 1986, P. 223, note E. Paillet.

T.G.I. Saint - Malo, 1er fév. 1984, Rev. trim. dr. Civ., 1984, P. 702.

(٢) في هذا المعنى :

D.H. Weiller, Refexions sur l'indisponibité des action relatives á la filiation, D. 1978, chron, P. 233 et s.

(٣) D. David, L'insémination artificielle humanine, Un nouveau mode de procréation, éd. E.S.F., 1984, P. 95 et s.

J.R. Devichi, les procréations artificielles, état des question, rev. trim, dr. Civ., 1987, P. 457.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أو لآخر ، أن يعدل أو يرجع عن قراره بعد ولادة الطفل ، فهل يجاب إلى طلبه ؟ .

قررت محكمة استئناف تولوز[1] ـ في هذا الصدد ـ أن دعوى العشيق لإلغاء إقراره بنسب الولد له مقبولة ولها أساس قانوني صحيح . وذلك ـ من ناحية ـ لأن المادة ٣٣٩ مدني تسمح لكل ذي مصلحة الاعتراض على الإقرر بالنسب ، حتى من المُقر نفسه . فالإقـرار بالنسب إذن بهـذا المفهوم ليس نهائياً ، وإنما يقبل ـ بصريح نص المادة ٣٣٩ ـ العدول عنه والرجوع فيه . ومن ناحية أخرى ، فإن موافقة العشيق على تلقيح عشيقته صناعياً بنطفة رجل آخر لا تعني ـ قانوناً ـ تنازله عن حقه في الاعتراض على إقراره بالنسب . فكافة الدعاوي المتلعقة بالنسب لا يجوز ـ كما رأينا ـ التنازل عنهـا . وأي تنازل من هذا القبيل يكون باطلاً لا أثر له . وأخيراً فإن إقرار العشيق بالنسب يكذبه الواقع ، وليس أمام المحكمة ـ والحال هكذا ـ سوى ملاحظة غياب الأبوة الحقيقية ، أي البيولوجية بين العشيق والمولود ، وإلغاء الإقـرار[2] . فالحقيقة تعلو ـ كما ذكرنا ـ الإرادة .

ثانياً : القانونان المصري والكويتي

(٢٠٩) لا ريب في أن الزوج يستطيع ـ في كل من الكويت ومصر ـ أن ينفي نسب الولد وذلك بملاعنة زوجته باتهامها بارتكاب خطيئة الزنا .

فقد رأينا أنه يشترط لثبوت النسب بالزواج أن يكون الزوج ممن يتصور منه الإحبال عادة . وذلك بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على قرب البلوغ ، وأن يكون مخصباً غير عقيم . فإذا كان الزوج عقيماً وجاءت زوجته بولد بعد ،

---

(١) 21 sept. 1987, D. 1988, P. 184, note D.H. Weiller.

(٢) P. Kayer, les limites moraleset juridiques de la procréation artificielles D. 1987, chron. P. 189.

J.R. Devichi, obs. au Rev. trim. dr. Civ., 1987, P. 727.

D.H. Weiller, note an D. 1988, P. 184.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تلقيحها صناعياً بنطفة رجل آخر ، فإن نسب الولد لا يثبت منه لاستحالة الحمل منه .

لكن يشترط لإنكار نسب الولد أن يحدث النفي وقت الولادة ، أو وقت شراء ما يلزم المرأة حين ولادتها ، أو في أيام التهنئة المعتادة بالولادة إذا كان الزوج حاضراً ، أما إذا كان غائباً ، فيجب أن ينكر النسب وقت علمه بالولادة[1]. أي أن الزوج يجب أن يبادر بآنكار نسب الولد بمجرد علمه بالولادة ، أو على الأقل خلال مدة معقولة من تاريخ العلم . وتقدر « معقولية » المدة - عند النزاع - بتصرف الرجل المعتاد في مثل هذه الظروف .

أما إذا لم يبادر الزوج بإنكار نسب الولد في المدة المذكورة ، فإن سكوته يُعتبر - حينئذ - إقراراً ضمنياً بنسب الولد له .

والزوج - في هذا الفرض - ليس في حاجة لإنكار نسب الولد له لأن النسب لم تثبت أصلاً حتى يجب على الزوج أن يُبادر إلى نفيه . وهو - أي الزوج - ليس في حاجة إلى إنكار النسب إلا في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش من زواج صحيح قائم أو منحل ، أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهه . ويجوز للرجل - في هذه الحالات - أن ينفي النسب عن الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بشرط أن لا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً[2] .

أما في الفرض التي نحن بصدده ، فإن النسب لا يثبت أصلاً إعمالاً للمادة ١٦٨ أحوال شخصية كويتي التي تقرر : « لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير محضب ، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي . . . » . ويكفي - في هذه الحالة - أن يثبت الزوج أنه عقيم يستحيل أن يحدث منه الحمل .

---

(١) أحمد الغندور، المرجع السابق، ص ٥٧٢.
(٢) مادة ١٧٦ أحوال شخصية كويتي.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وفي القانون المصري ، حيث لا يوجد نص مماثل لنص المادة ١٦٨ كويتي ، يجب على الزوج أن يبادر إلى إنكار نسب الولد وقت الولادة ، أو وقت شراء ما يلزم المرأة حين ولادتها ، أو في أيام التهنئة بالولد إذا كان الزوج حاضراً . أما إذا كان غائباً ، وجب على الزوج أن ينكر النسب وقت علمه بالولادة . أي أن الإنكار يجب أن يصدر عن الزوج ، أو ممن يمثله قانوناً ، بمجرد علمه بالولادة ، أو خلال مدة معقولة من تاريخ علمه بها . وتقدر « معقولية » المدة ـ عند النزاع ـ بمعيار الرجل المعتاد في ذات الظروف .

أما إذا لم يبادر الزوج بإنكار النسب في المدة المذكورة ، فإن سكوته يعتبر إقرارا ضمنياً بنسب الولد له . والإقرار ، سواءً أكان صريحاً أو ضمنياً ، يثبت به النسب ، ولا قيمة للنفي بعد ذلك لأن النسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفي بعد ذلك .

ثالثاً : نظرة تحقيقية

(٢١٠) ذكرنا أن تلقيح زوجة بنطفة رجل غير زوجها هو أمر غير مشروع ، بل رأينا أنه يلتقي مع الزنا في إطار واحد . لكن القول بعدم المشروعية لا يعني تجاهل الآثار التي تترتب عليه ، وأولها موضوع نسب الولد لجهة الأب . وفي سبيل مواجهة هذه الآثار بالنسبة للنسب طبقاً للقواعد العامة ، عرضنا موقف كل من القانون الكويتي ، والمصري ، والفرنسي .

ويُعتبر موقف القانوني الكويتي ـ في هذا الخصوص ـ حاسماً وقاطعاً . فالنسب لا يثبت أصلاً ، ومن ثم فالرجل ليس في حاجة إلى إنكار نسب لم يثبت من البداية . وهو ـ فضلاً عن ذلك ـ موقف منطقي : فالرجل الذي يُعاني من العقم ، واستحال عليه علاجه لدرجة أن يُفكر في اللجوء إلى التلقيح الصناعي بنطفة رجل أجنبي ، هو ـ بدون أدنى شك ـ غير قادر على الإنجاب ، ومن ثم فلا داعي لإثبات نسب له يستحيل عليه أن يكون هو سببه ، حتى ولو كان له الحق ـ بعد ذلك ـ في إنكاره. فالإنكار يعني ثبوت

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

النسب ، وثبوت النسب يفترض احتمال أن يكون الحمل من الزوج ، وهذا الافتراض غير قائم ، ولو بدرجة بسيطة ، في حالة كون الرجل غير مُخصب ، وهو اتجاه واقعي ، قائم على ما أثبته العلم وشاهده الواقع ولاحظته وعاينته التجربة .

وهو ما ذهب إليه كثير من فقهاء الشريعة الإسلامية:

« من ولدت امرأته ولداً لا يمكن أن يكون منه في النكاح لم يلحقه نسبه ، لم يحتج إلى نفيه ، لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه . . . . »[1] . أما إذا أتت بولد يمكن أن يكون منه (بحسب الظاهر) وعلم أنه ليس منه لزمن نفيه لأن ترك النفي يتضمن استلحاقه ، واستلحاق من ليس منه حرام ، كما يحرم نفي من هو منه[2] .

أما القانون المصري ، فيبدو أنه اعتمد على العقل أكثر من اعتماده على الواقع . فالعقم بالمعايير الطبية قد لا يمنع ، عقلاً من حدوث الحمل ولو بنسبة ضئيلة جداً[3] ، ولذلك فالقاعدة هي ثبوت نسب الولد للزوج - على فرض توافر شريط ثبوت النسب مع إعطائه الحق في نفي النسب بالشروط المقدرة شرعاً وقانوناً . وأهم هذه الشروط أن يبادر الزوج بالإنكار بمجرد علمه بالولادة ، أو على الأكثر خلال مدة قصيرة من تاريخ العلم بها ،

---

(١) المغنى لابن قدامه، جزء ٩، ص ٥٣.
ـ الشرح الكبير، جزء ٩، ص ٦٢.
ـ نيل الأوطار، جزء ٦، ص ٣١٤.

(٢) مغنى المحتاج، جزء٣، ص ٣٧٣.

(٣) المهذب، جزء٢، ص ١٢١.
المغنى، جزء٩، ص٤٢.
من هذا القبيل مثلا ما يقرره المذهب الحنفي بالنسبة لشرط امكان تلاقي الزوجين لثبوت النسب بالفراش الصحيح. فالعبرة لديهم بالامكان العقلي لا بالامكان الفعلي أو العادي حتى أنهم قالوا: لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب فيها مسافة سنة، فولدت لستة أشهر من تاريخ الزواج ثبت نسب الولد للزوج لان التقاء الزوجين، وان كان لايمكن عادة الا أنه يمكن عقلا لاحتمال أن يكون الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات البعيدة، راجع في ذلك: حاشية ابن عابدين، جزء٢، ص ٢٤٧.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وهو اتجاه يوفق بين اعتبارين : إمكانية حدوث الحمل بالرغم من عقم الزوج بمشيئة الله سبحانه وتعالى جلت قدرته ، ولذلك قرر ثبوت النسب ، وعدم إدخال حلقة في سلسلة النسب ليست منها ، وذلك بإعطاء الزوج الحق في نفي النسب وإنكاره الولد . على أن يكون ذلك في أسرع وقت ممكن حتى تستقر الأمور بسرعة ويتحدد نسب الولد الحقيقي ، وهو أمر يعمل الشرع والقانون على تحققه . وبشرط إلا يصدر من الزوج ما يفيد اعترافه بالولد صراحة أو ضمناً . وهو اتجاه يراعي مصالح الأطراف كافة ، ويحاول التوفيق بينها قدر الإمكان .

أما القانون الفرنسي فهو يسير في ذات الطريق الذي سار فيه القانون المصري من حيث إن تلقيح الزوجة بنطفة رجل آخر غير زوجها يؤدي إلى استفادة المولود من قرينة الأبوة إذا توافرت ـ بداهة ـ الشروط التي قررها القانون . لكنها ـ أي قرينة الأبوة ـ قرينة بسيطة يمكن للزوج ـ أو للورثة ـ إثبات عكسها . ومن هذا القبيل أن يثبت الزوج عدم قدرته على الإنجاب ، وعقمه السابق على الحمل .

لكن القانون الفرنسي يختلف ـ بعد ذلك ـ عن القانون المصري من ناحيتين : ١ ـ أن للزوج أن يُنكر نسب الولد خلال ستة أشهر من تاريخ الولادة[١] ، في حين أنه ليس للزوج ، في القانون المصري ، سوى أسبوع على الأكثر لاتخاذ قراره بشأن نسب المولود . ٢ ـ أن الإقرار بالنسب يمكن الإعتراض عليه من الغير ، ويمكن للمقر نفسه أن يعدل عنه ويرجع فيه خلال مدة عشر سنوات[٢] ، في حين الإقرار بالنسب لا يقبل النفي بعد ذلك في كل من القانونين المصري والكويتي .

---

(١) مادة ٣١٦ مدني فرنسي . وتبدأ مدة الستة أشهر من تاريخ الولادة إذا كان الزوج حاضراً ، ومن تاريخ عودته إذا لم يكن حاضراً ، ومن تاريخ اكتشاف الغش إذا كانت الولادة قد أخفيت عنه .

(٢) مادة ٣/٣٣٩ مدني .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وقد تعرض موقف القانون الفرنسي في هذا الصدد لكثير من التعليق والتحليل[١] . ويقترح البعض أن يتدخل المشرع بسرعة ليضع حلاً لمثل هذا الوضع القلق وغير المستقر بالنسبة لموضوع هام كالنسب . فالنسب لا يجب أن يترك هكذا مدة طويلة خاضعاً لأهواء المقر بالنسب خصوصاً في مجال التلقيح الصناعي . ويقترح هذا الفريق على المشرع أن يعتبر موافقة الزوج على تلقيح زوجته تلقيحاً صناعياً بنطفة رجل آخر سبباً لعدم قبول دعوى إنكار النسب[٢] . في حين يعارض البعض هذا الاقتراح ، بل ويرى أنه ليس هناك ما يُبرر تدخل الشرع أصلاً[٣] . فالزوج ، وكذلك المقر بالنسب ، يجب أن يكون أمامه الوقت الكافي لاتخاذ القرار الذي يراه مناسباً بالنسبة لنسب الولد . إذ لن يجدي الولد شيئاً أن نفرض على الزوج ، أو المقر بالنسب ، القيام بدور الأب ، في حين أنه هو لا يرغب ـ حقيقة ـ في ذلك . وليس من المناسب ، بل قد يكون من المخاطرة ، أن ندخل في قانون يقوم أصلاً على النسب الحقيقي ، نوعاً من الأبوة ليس وهمياً وافتراضياً فقط ، بل إجبارياً[٤] أيضاً .

والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن هذه الوجهة من النظر لم تأخذ في اعتبارها سوى مصلحة الزوج أو المقر بالنسب فقط ، فهي إذن نظرة « قاصرة » لم

---

(١)
- C. L. Riou, la filiation et la médecin moderne, Rev. inter. dr. comp., 1986, p. 419
- G. Raymond, art. préc., No 27.
- D. H. Weiller, note., D. 1988, p. 187.
- J. R. Deviclie, obs. Rev, trim. dr. civ., 1977, p. 750.

(٢)
- G. Raymond, art. pré., No 27.
- G. Raymond, volonté individuelle et filiation par sang, Rev. trim. de. civ., 1982, p. 538.
- D. H. Weiller, note au D. 1977, p. 45.

وقد عدل هذا الأخير عن رأيه ، راجع :

(٣)
- note au D. 1988, p. 187.
- D. H. Weiller, note préc.

(٤)
- J. R. Devichi, art. préc., Rev. trim. de. civ., 1987, p. 464.
- E. Paillet, note, D. 1986, p. 224.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تأخذ في الحسبان جميع المصالح المعتبرة . فقد تجاهلت مصلحة الولد ، فضلاً عن مصلحة الأم . إذ قد يكون من الأفضل لهما انتساب الطفل للأب رسمياً بدلاً من إعلان الولد في شهادة ميلاده دون أب مسمى .

رابعاً : نتائج الإنكار

(٢١١) قد يُفضل زوج المرأة التي تم تلقيحها بنطفة رجل آخر ، بل يجب عليه شرعاً ، إنكار نسب الولد لـه لأنه يعلم أنـه ليس منه . ويكفي للإنكار أن يثبت عدم قدرته على الإنجاب ، وأن عدم القدرة يرتد إلى ما قبل حدوث الحمل ، فإذا ما أنكر الزوج نسب الولد ، فهل يمكن أن ينسب الولد لصـاحب النطفـة ؟ يبدو لنـا أنه من الأدق التفـرقة بين الحكم من النـاحية القانونية ، وبين الحكم بين الناحية الشرعية . لكن قبل ذلك ما هـو حكم التلقيح في هذه الحالة وهل هو زنا ؟

١ ـ المقصود بالزنا آثاره :

(٢١٢) سبق أن رأينا أن التلقيح الصناعي بالمفهوم السابق لا يُعتبر ـ شرعاً وقانوناً ـ زنا لتخلف عنصر جوهري من عناصره وهو الوطء أو الإيلاج أو الاتصال الجنسي . فالتلقيح الصناعي هو حقن الزوجة بنطفـة رجل أجنبي عنها . لكن النتيجة المترتبة على الفعلين واحدة ، وضع ماء رجل أجنبي في حرث ليس بينه وبين صاحب النطفة عقد زواج مشـروع « ولولا قصـور في صورة الجريمة ، لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الـذي حددته الشرائع الإلهية ، ونزلت به كتب السماء »[١] .

ونظراً لخطورة الزنا على الأسرة والمجتمع بوجه عام ، فقد أجمعت الأديان السماوية كافة على تحريمه ومحاربته ، بل تحريم كل ما يُفضى إليه من وسائل ومقدمات[٢] . وقد شدد الإسلام على التحذير منه والنهي عنه .

---

(١) الشيخ محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٠ .

(٢) يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وفي ذلك يقول رب العزة : ﴿ **ولا تقربوا الزني إنه كان فاحشة وساء سبيلاً** ﴾ سورة الإسراء ، آية رقم ٣٢ .

ويترتب على ارتكاب جريمة الزنا ، توقيع الحد على الزاني والزانية من ناحية ، وعدم إلحاق « ولـد الزنـا » بنسب الزاني من نـاحية أخـرى حسب مذهب الجمهور[١] .

فإذا ما قلنا بأن التلقيح الصناعي لا يُعتبر زنا بالمعنى المقصود شرعاً وقانوناً ، فهل يثبت به النسب إذن ؟ وهل يُلحق الولد ، في الفرض السابق ، بصاحب النطفة بالرغم من أنه أجنبي عن المرأة التي تم تلقيحها بنطفته ؟

٢ ـ من الناحية القانونية :

(٢١٣) حدد القانون ، في كل من الكويت ومصر وفرنسا ، أسباب ثبوت النسب . وقد اتبـع في ذلك ـ في القـوانين الثلاثـة ـ طريقـة التعداد الحصري . بمعنى حصر الأسبـاب التي يمكن أن يثبت بها النسب لجهـة الأب . ويترتب على هذا المنهج الذي اتبعه القانون عدم جواز إثبات النسب بأي طريقة أخرى لم ينص عليها . ولا يثبت النسب ، طبقاً لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ، إلا بثلاثة أسباب : الزواج الصحيح (م ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧١) الـزواج الفاسـدة والدخـول بشبهة (م ١٧٢) ، الإقـرار (م ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥) . ولا ريب في أن النسب لا يثبت لجهة الأب ـ طبقاً للمنطق الذي أخذ به الشرع الكويتي ، بالزنا . فالزواج الصحيح ، والزواج الفاسد ليسا بزنا . وقد اشترط القانون لصحة الإقرار بالنسب ألا يُصرح المقر بـأن الولد من الزنا .

لكن النسب لا يثبت أيضاً بالتلقيح الصناعي في حالة تلقيح زوجة بنطفة رجل أجنبي عنها ، لا لأنه زنا ، ولكن لأنه لا تتوافر فيه أحد أسباب ثبوت

---

(١) المغنى لابن قدامة ، جزء ٧ ، ص ١٢٩ .
ـ بداية المجتهد ، جزء ٢ ، ص ٣٧ .
ـ المهذب ، جزء ٢ ، ص ١٤٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

النسب التي قررها القانون . فهذا الرجل صاحب النطفة لا تربطه بالمرأة التي تم تلقحيها عقد زواج صحيح ، أو فاسد ، حتى يمكن القول بثبوت نسب الولد له . أو حتى دخول أو وطء بشبهة .

كما أن الإقرار ـ هنا ـ يستحيل أن يثبت به نسب الولد للرجل صاحب النطفة ، فالمادة ١٧٣ أحوال شخصية كويتي قد اشترطت لصحة الإقرار بالنسب ألا يكذبه العقل أو العادة ، ولم يقل إنه من الزنا ، وأن يكون المقر له مجهول النسب ، وعلى فرض توافر شرطي « مجهولية » النسب ، وعدم تصريح المقر بأن الولد من الزنى ، إذ يبدو أن القانون يكتفي بمجرد عدم التصريح ، فإن شرط عدم تكذيب الإقرار عقلاً أو عادة يستحيل توافره . فكون المرأة التي تم تلقيحها زوجهة لغير المقر ، أو أنه لم يتزوجها أصلاً زواجاً صحيحاً ، أو فاسداً ، أو دخل بها بشبهة ، يعني أن إقراره « كاذب » عقلاً وعادة[١] .

هذا بالإضافة إلى أن البعض[٢] يرى أن المقر له بالنبوة لا يُعتبر مجهول النسب إذا كان نسبه قد انتفى عنه باللعان ، وهو الفرض الذي نحن بصدده . لأن الملاعن قد يرجع عن إنكاره للنسب ويكذب نفسه ، ومن ثم يثبت نسب الولد له .

وبالرغم من أن الولد لا يثبت نسبه لجهة الأب بالزنا أو ما في حكمه ، فإن المادة ١٥ أحوال شخصية كويتي قد رتبت بعض الآثار على الزنا . لذلك قرر الشرع في المادة ١٥ أنه : « يحرم على الشخص فرعه من الزنا وإن ترك ، ولا يحرم سواه بسبب الزنا » . « فولد » الزنا إذن يحرم على الزاني الزواج به رغم عدم ثبوت نسبه منه .

---

(١) راجع في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي .
(٢) بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

٣ ـ من الناحية الشرعية :

(٢١٤) ذهب البعض[١] إلى القول بإلحاق نسب الولد للزاني . وهو في فرضنا صاحب النطفة التي تم تلقيح زوجة رجل آخر بها . ويلاحظ أن صاحب هذا الرأي يعتبر التلقيح ، في الفرض الذي نحن بصدده ، زنا . ومع ذلك فهو يرى إلحاق النسب بالزاني على أساس أن القول بقطع النسب بين الولد والزاني « صاحب النطفة » يُعتبر عقوبة للزنا ، لكنها توقع على الضحية « الولد » ، وليس على الجاني « الزاني » ، في حين أن الولد لا ذنب له فيما اقترفه الزاني من إثم . وبذلك نكون قد عاقبناه على ذنب لم يقترفه . حيث تركناه بدون نسب معروف ، فيعيش بعاره ساخطاً على المجتمع . أما إذا ألحقناه بمن يُقره فإننا بذلك نقيم العدل : فلا نظلم المولود ونعاقبه على ذنب لم يرتكبه ، في الوقت الذي نوقع العقوبة المقررة على الزاني .

وقد اعترض البعض الآخر[٢] على التحليل السابق . على أساس أن التعليل السابق هو « من باب تعليل الحكم بالمصلحة مع ورود المعارض وهو لا يجوز لأن وجود نص معارض يعني أن الشارع قد ألغى هذه المصلحة ، ونحن نعلم يقنياً أن الشارع لا يلغي مصلحة إلا لتحقيق مصلحة أهم منها ، والمصلحة الأهم هنا هي وقاية المجتمع من جريمة تهدد كيانه وهي جريمة الزنا . . . » . ومن ناحية أخرى ، فإن الولد لا يصيبه ـ في ظل شريعة الله تعالى ـ ضرر ما . فنسب الولد ملحق بأمه وعشيرتها هي عشيرته . وذلك لقول رسولنا الكريم : « وهو لأهل أمه من كانوا » . وأخيراً فإن الولد لا مصلحة له في جعله تحت رعاية رجل لا يعرف كيف يوقف نفسه عند محارم الله تعالى . وتكمن مصلحة الولد الحقيقية في إسناد رعايته إلى ولي الأمر يكلها إلى من يحسن القيام بها من صالحي المسلمين .

---

(١) علي محمد يوسف المحمدي ، ثبوت النسب ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة ، جامعة قطر ، السابق الإشارة إليها ، ص ٣٩٧ .

(٢) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٨٣ ، ٨٤ ، العدد ٢٢٩ ، السنة الثانية والعشرون .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(٢٣٥) ولنا على الخلاف السابق الملاحظات الآتية :

١ ـ أن أنصار الرأي الثاني قد أقاموا اعتراضهم الأساسي على أساس أن نسب « ولد الزنا لا يُنسب للزاني باعتباره عقوبة لهذا الأخير على ما اقترفت يداه . وهي عقوبة يقصد منها تحقيق مصلحة أعلى وأهم من مصلحة الولد ، وهي وقاية المجتمع من جريمة تهدد كيانه وهي جريمة الزنا . لكن هذا الاعتراض ينهار من أساسه لأن التلقيح الصناعي لا يُعتبر ـ في حالة حقن زوجة بماء رجل أجنبي عنها ـ زنا . وهو ما يعترف به أنصار الرأي السابق صراحة بقولهم : « . . . يجب أن ننبه إلى أن هذا الفعل (السابق) لا يُعتبر زنا . فلا يعاقب فاعله بعقوبة الزاني المنصوص عليها شرعاً والتي يطلق عليها اسم : حد الزنا ، وذلك لأن الركن الأساسي لجريمة الزنا الموجبة للحد ، وهو الإيلاج المحرم الخالي من شبهة الحل ـ غير موجودهنا »[١] ومن ثم ، فإذا كان نسب « ولد » التلقيح ـ في الفرض الذي نحن بصدده ـ لا يكتب للرجل صاحب النطفة ، فإن ذلك يرجع ـ في اعتقادنا ـ لسبب آخر .

٢ ـ أن القول بأن الولد لا يلحقه ـ في ظل عدم نسبته إلى الزاني ـ ضرر ما هو قول فيه تجاوز كبير ، وتجاهل للواقع . حقاً أن نسب الولد يلحق ، كما حدثنا رسولنا الكريم ، بأمه ، وتكون عشيرتها هي عشيرته ، لكن ذلك لا يؤدي ـ حقيقة ـ إلا إلى التخفيف من الضرر الذي يلحق الولد ، وليس جبر الضرر كلية . إذ لا ريب أن إلحاق الولد بأمه أفضل له من عدم إلحاقه بأحد ، كما أن إلحاقه بأمه وأبيه معاً أفضل له ـ من كل النواحي ـ من إلحاقه بأمه فقط[٢] . وليس معنى ذلك وجوب وإلحاق الولد بنسب أبويه في كل الحالات تحقيقاً لمصلحته ، حتى ولو أدى ذلك إلى إهدار مصالح

---

(١) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٧١ .

(٢) وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية : لئن كان النسب حقاً أصلياً للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ، أو لأنها تعير بولد ليس له أب معروف » ، راجع حكمها الصادر في ١٢ مايو ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٧ ، ص ١٠٦٣ ، وأيضاً حكمها الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ ، المجموعة نفسها ، السنة ٢٦ ، ص ١٧٨٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أخرى . فالنسب حق من الحقوق الشرعية التي لا يصح للزوجين أن يتفقا ـ عند عقد الزواج ـ على نفيه . فهو ليس حقاً خالصاً لهما ، لكنه أيضاً ليس حقاً خالصاً لله تعالى حتى يكون محضاً له ، بل هو حق مشترك بين الله تعالى وبين أطراف النسب : الأم والأب والولد[1] .

ويترتب على ذلك أن أحكام النسب يجب أن تراعي مصالح جميع الأطراف ، وتحاول التوفيق بينها . ومن ثم ، فلا يشترط أن تحقق أحكام النسب مصالح الولد دائماً . وكون النسب حقاً لله ، فلأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع ، ويتضمن حرمات كلها لله تعالى : حرمة المرأة ، وحرمة الأمومة ، وحرمة الأبوة .

٣ ـ أن النسب لا يثبت ـ دون معايير محددة ـ لرفع الظلم عن هذا ، وتحقيق مصلحة ذاك وإنما يثبت بأسباب محددة اتفق عليها جمهور الفقهاء وهي : الزواج الصحيح ، الزواج الفاسد ، الوطء بشبهة ، مخالطة الرجل جاريته التي يملكها ملك يمين ، والإقرار فإذا لم يتوافر أحد هذه الأسباب ، فلا يثبت نسب الولد من الأب ، بصرف النظر عن بعض الأضرار التي قد تلحق ـ للوهلة الأولى ـ الولد .

فإذا ما تأملنا التلقيح الصناعي ، في الفرض الذي نحن بصدده ، وجدنا أن نسب « الولد » لا يُلحق بالرجل صاحب النطفة لعدم توافر أحد أسباب ثبوت النسب السابقة . يستوى بعد ذلك القول بأن هذا الفرض يُعتبر زنا ؟ أم لا . فالمهم ـ بالنسبة لثبوت النسب ـ أن يتوافر أحد أسباب ثبوت النسب التي أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية . وإذا كان صاحب النطفة يرغب ـ حقاً ـ في إلحاق الولد به ، فيمكن أن يلجأ إلى إقرار نسبه ! إذا توافرت شروط الإقرار .

---

(١) « لئن كان النسب حقاً أصلياً للأم ، فهو في الوقت نفسه حق أصلي للولد ويتعلق به حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها . . . » ، الأحكام السابق الإشارة إليها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المطلب الثاني
التبرع بنطفة مؤنثة

(٢١٦) التبرع ببويضة مؤنثة أصبح - الآن - ممكناً من الناحيتين العلمية والعملية كالتبرع بالنطفة المذكرة . فالعقم الذي تعاني منه الأسرة ، والذي يقف حائلاً دون تحقق الرغبة في الحصول على « ولد » ، قد يرجع إلى الزوجة مع قدرة الزوج على الإنجاب . ويمكن - في هذا الفرض - الحصول على بويضة من امرأة أخرى مُخصبة ، ليتم تلقيها بنطفة الرجل ، ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة التي تعاني من عدم القدرة على الإنجاب . ويلجأ الزوجان إلى هذه الوسيلة من التلقيح إذا كان مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً ، لكن رحمها سليم يقبل زرع البويضة الملقحة وحملها . وهنا تكون المرأة قد تبرعت للزوجة ببويضتها فقط .

وقد تتبرع المرأة صاحبة البويضة بالحمل أيضاً ، أي أنها تتبرع بالبويضة والحمل أيضاً .

ولعل أشهر الحالات التي تعتبر تطبيقاً لهذا الفرض هي حالة الأختين التوأم : Christine et Magali . حيث وافقت إحدى الأختين وهي كريستين على أن تلقح تلقيحاً صناعياً بنطفها زوج أختها ماجالي ، على أن تُعطى الولد لأختها بعد ولادته . وقد لجأ الأطراف إلى هذه الوسيلة لأن الأخت ماجالي كانت عقيماً لا تُنجب . فأرادت أختها كريستين أن تؤدي خدمة لأختها بأن تحمل هي الطفل وتضعه ، ثم تقوم - بعد ذلك - بتسليمه لماجالي وزوجها ليكون ابناً لهما . وهنا تكون الأخت كريستين قد تبرعت بالبويضة وبالحمل أيضاً .

ويلاحظ أن نسبة المولود ، في هذا الفرض ، لامرأة أخرى غير متصور - من الناحية العملية - إلا عن طريق التبني في الدول التي تُجيز ذلك . أما في الدول التي لا تجيز التبني ، مثل الكويت ومصر ، فلا يمكن -

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

شرعاً وقانوناً ـ نسبة « الولد » إلى امرأة أخرى غير تلك صاحبة البويضة والتي ـ أيضاً ـ تحملت آلام الوضع والحمل .

وقد تتبرع المرأة بالحمل فقط وذلك بأن يجري تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج في أنبوب اختبار invtro ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها . ويلجأ الزوجان إلى هذه الطريقة إذا كانت الزوجة مبيضها سليماً منتجاً لكنها غير قادرة على الحمل لمرض أو عيب في رحمها ، أو تكون غير راغبة في الحمل حفاظاً على جسمها وصحتها ، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها .

لكن هذا الفرض هو الوجه الآخر للفرض الأول : فالتبرع بنطفة مؤنثة يعني أن من تحملها وتضعها ليست صاحبتها ، كما أن التبرع بالحمل فقط ، يعني ـ أيضاً ـ أن المتبرعة ليست صاحبة للبويضة التي تبرعت بحملها .

وهذا الأسلوب مُحرم شرعاً لأن البويضة ليست من الزوجة التي تريد نسبة الولد إليها . لكن اللجوء إليه ـ مع ذلك ـ يقتضي التعرض لحكم نسب الولد « نتاج » التلقيح لجهة الأب من ناحية ، ولجهة الأم من ناحية أخرى .

الفرع الاول

« النسب لجهة الأب »

(٢١٧) ليست هناك صعوبة تذكر ـ في القوانين الثلاثة ـ في حالة تحديد نسب « ولد » التلقيح ـ في هذا الفرض ـ لجهة الأب . فالولد يستفيد قطعاً من قرينة الأبوة ، فهو قد وُلد من امرأة متزوجة حال قيام الحياة الزوجية . فالزوج إذن هو الأب الشرعي للطفل المولود وقد يستطيع الزوج أن ينكر نسب الولد إليه ، ودعواه في هذا الصدد ستكون مرفوضة . فالنطفة التي استخدمت في التلقيح هي نطفته ، ومن ثم فالولد من صلبه حقاً . والزوج ـ هنا ـ أب للولد قانوناً وحقيقة . قانوناً لأن الزوج هو صاحب الفراش الذي ولد فيه الولد ، وحقيقة لأن الولد يرتبط به برباط بيولوجي ، « إذ هو من نطفته » .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويثبت النسب ـ حينئذٍ ـ دون حاجة إلى اعتراف أو بينة على فرض توافر شروط ثبوت النسب كافة بالزواج الصحيح .

الفرع الثاني

النسب لجهة الأم

(٢١٨) الأصل ، في كل من الكويت ومصر وفرنسا ، أن الولد يثبت نسبه من أمه بالولادة . ومتى ولدت المرأة ولداً ثبت نسبه منها[١] . ويثبت النسب لجهة الأم بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو من زواج فاسد ، أم كانت من غير زواج كالزنى والدخول بشبهة . وإذا ثبتت الولادة استحال نفيها بعد ذلك . ومن ثم ، يكفي لثبوت الأمومة إثبات تحقق واقعة الولادة ذاتها . ولا يحتاج الأمر لإثبات إذا كان الحمل ظاهرا ، أو اعترف به الزوج ، أو سكت فلم يُنكره . فإذا أنكره الزوج حال قيام الزوجية ، يكفي لإثبات الولادة شهادة امرأة واحدة كالقابلة مثلاً .

وهي قاعدة منطقية تماماً في ظل التصور الذي يقوم عليه النسب في القانون الكويتي والمصري والفرنسي . فالنسب يقوم ، كما رأينا ، على أساس الربط بين الإنجاب والاتصال الجنسي : فلا إنجاب دون اتصال جنسي . وفي ظل هذا الربط ، كان من الطبيعي أن نفترض أن الأم هي التي وضعت الطفل وحملته . فالوضع دليل قاطع ـ أو كان ، على أن الولد من صلب المرأة التي ولدته . فالاتصال الجنسي المخصب بين الزوجين يعني ـ قطعاً ـ أن الحمل ناتج عن تلقيح بويضة الزوجة بنطفة زوجها . ولذلك يكفي إثبات الولادة حتى يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن أم الولد ـ قانوناً وحقيقة ـ هي التي وضعته .

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ .
ـ بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ١٦ .
ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، فقرة رقم ١١ .
- J. R. Devichi. art. pré, D. 1985, p. 152, No 15.
- G. Raymond. art. préc., J. C. P. 1983, 3114, No 28.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن هـذا الافتراض ينهـار أمام التلقيـح الصناعي الـذي يقـوم على « الفصل » وليس الربط ـ بين الحمل والتلقيح الصناعي . فالتلقيح الصناعي أصبح بديلاً للاتصالا الجنسي ، ومن ثم أصبح من الممكن أن تكون المرأة التي حملت الطفل وولدته ليست هي صاحبة البويضة الملقحة ، أي ليست هي أمه البيولوجية . وفي ظل هذا « الفصل » ، الذي لم يتوقعه واضعو أحكام النسب ، ثار التساؤل حول ثبوت نسب الطفل لجهة الأم . فقد شـارك في « إنتاج » الطفل ـ إذا جاز التعبيـر ـ امرأتـان : إحداهمـا قدمت البـويضة ، والأخرى حملتها ووضعتها .

وهكذا أصبح الولد يُنسب ـ واقعياً ـ لامرأتين ، بعد أن كان لا يُنسب سوى لامرأة واحدة هي التي تتولى كافة المـراحل السـابقة على الـوضع : التلقيح والحمل انتهاء بالولادة . لكن إذا كان الولد « الناتج » عن التلقيـح الصناعي في بعض صوره يُنسب ـ واقعياً ـ لامرأتين ساهمتا في « تكوينه » ، فإنه قانوناً لا يمكن أن يُنسب إلا لإحداهما فقط : صاحبة البويضـة أو من حملت الطفل ووضعته . اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الإجابة على التساؤل السابق ، وانقسموا في ذلك إلى فريقين :

الفصل الأول
الأم هي صاحبة البويضة

(٢١٩) يستند هذا الفريق في قوله هذا على أساس أن العلم قد أثبت أن الجنين بعد زرعه في رحم المرأة « المستعارة » أو « المؤجرة » لا يستفيد منها غير الغذاء[١] . فهو إذن أشبـه ما يكـون لطفـل تغذى من غيـر أمه . والشعور السائد أن الطفل قد ينسب لهذه المرأة المستعارة على أنها أمه ، لكن هذا ليس صحيحاً ـ كما يرى أيضاً أنصار هذا الرأي[٢] ـ من وجهة النظر

(١) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٨٤ .

(٢) عبد المحسن صالح ، مستقبل الإخصاب خارج الأرحام ، مجلة العربي ، العدد ٢٤٤ ، ص ٢٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

البيولوجية أو الوراثية . فمثلها في ذلك مثل « المرضعة التي ترضع وليداً غير وليدها . فالوليد يستخلص من المرضع غذاءه وكذلك يفعل الجنين المزروع » . أما السجل الوراثي الحقيقي للوليد فقد عاد أساساً من الخلايا الجنسية للأبوين . فكل خلية بمثابة « ميكروفيلم » للمخلوق والذي منه جاءت : فإذا كان الأبوان أشقرين وحصل التلقيح من خلاياهما الجنسة في الأنبوب ، ثم زرع الجنين الناتج عن ذلك في زنجية ، فإنه لن يحمل أي صفة من صفاتها ، بل يخرج إلى الحياة كوليد أشقر . . . إن الأصول الوراثية ترجع الوليد أساساً إلى الوالدين اللذين شاركا بخلاياهما الجنسية منه .

وينتهي هذا الرأي إلى القول بنسب المولود إلى أبويه اللذين جاءت البويضة الملقحة منهما ، واعتبار المرأة التي تبرعت بالحمل بمثابة الأم من الرضاع بالنسبة للولد بما يترتب على ذلك من آثار[1] . ومن ثم يحرم على المولود أن يتزوجها . أو يتزوج من أبنائها لقوله عزَّ وجلّ : ﴿ **حُرمت عليكم . . . وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ . فهذه الآية الكريمة صريحة في تحريمه الأمهات رضاعاً ، والأخوات رضاعاً ، ولكنها تشير إلى تحريم الأصناف الرضاعية الأخرى ، لأنها أطلقت على التي أرضعته أنها أم ، وعلى أولادها أنهم إخوة وأخوات ، فدّل هذا الإطلاق على أن الرضاع وصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله ، لأنه برضاعه منها صار بعضها وبعض زوجها . وعن هذه الفرعية والأصلية تتفرع سائر المحرمات رضاعاً[2] . والمعروف أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

وقد يعزز هذا الرأي أن النسب يقوم - بوجه عام - على الحقيقة البيولوجية . فالنطفة هي بداية خلق الإنسان . « وقد ورد ذكر النطفة في القرآن الكريم في إثني عشر موضعاً »[3] . وقد ذُكرت أحياناً باسم الماء

---

(١) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٨٣ .

(٢) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ١١٥ .

(٣) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المهين ، والماء الدافق . كما تذكر أحياناً باسم المنى . من ذلك قوله عز شأنه : ﴿ **قتل الإنسان ما أكفره من أي شيء خلقه ؟ من نطفة خلقه فقدره ثم السبيل يسره ثم أماته فأقبره** ﴾ وقوله جل شأنه : ﴿ **وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى من نطفة إذا غنى** ﴾[1] صدق الله العظيم . وإذا كان الولد يُنسب ـ لجهة الأب ـ للرجل صاحب النطفة ، فإنه ينسب أيضاً ـ لجهة الأم ـ للمرأة صاحبة البويضة .

الفصل الثاني

الأم هي التي تبرعت بالحمل

(٢٢٠) يرى أنصار هذا الفريق أن المرأة التي يُنسب لها الولد ليست صاحبة البويضة ، وإنما التي حملته وولدته واستندوا من ذلك على عدة أمور : ـ

١ ـ أن القول باعتبار المرأة صاحبة البويضة هي الأم فيه إفساد لمعنى الأمومة ويتعارض مع المعنى المقصود من الأمومة الحقيقية[2] . فالمرأة صاحبة البويضة ، والتي يُنسب إليها الجنين وتتمتع بكل مزايا الأمومة من نفقة

---

(١) آية ٤٥ ، ٤٦ من سورة النجم .

(٢) يوسف القرضاوي ، رد فيه على تساؤلات : قضايا علمية منتظر أحكامها الشرعية ، مجلة العربي ، العدد ٢٣٢ ، ص ٤٤ وما بعدها ، ويبدو أن الدكتور يوسف قد ساعد هذه الحجج للتدليل على حرمة تأجير الرحم شرعاً ، وليس للتدليل على أن الأم هي التي تبرعت بالحمل بدليل أنه يرى أن الأم « المستعارة » أي التي تبرعت بالحمل ، تكون بمثابة الأم من الرضاع بل أعلى درجة منها . والحقيقة أن ما ساقه الباحث الكريم لا ينهض دليلاً على تحريم تأجير الرحم ، وإن كان ينهض دليلاً على تحديد من هي الأم ، فالقول بأن التصور المعروض لقضية شكل الجنين يجعل الأم التي يُنسب إليها الجنين هي التي استقر دورها على إعطاء البويضة يعني ضرورة إعادة الأمور إلى نصابها الصحيح بتبني المفهوم الحقيقي لمعنى الأمومة واعتبار المرأة التي عانت متاعب الحمل والولادة هي الأم ، فالاحتجاج بالآية الكريمة ، وإن كان لا ينهض دليلاً على التحريم ، إلا أنه ينهض دليلاً ـ في نظرنا ـ على حصر الأمومة في الولادة . من هذا الرأي أيضاً راجع : ندوة الجمعية الطبية الكويتية حول أطفال الأنابيب ، جريدة القبس ، ١٩٨٧/١٢/٢ م، ص ٦ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وميراث ، قد اقتصر دورها على إعطاء بويضة أفرزتها بدون اختيار ولم تعان في سبيل ذلك شيئاً ، بينما التي عانت مشاق الحمل وما يترتب عليه حتى الولادة تعتبر مجرد مرضعة . وهو منطق مقلوب يفسد - دون شك - معنى الأمومة . فجوهر الأمومة وحقيقتها بذل وعطاء ، وصبر واحتمال ، ومكابرة ومعاناة . وبهذا المفهوم لمعنى الأمومة نجد أن المرأة التي تبرعت بالحمل هي الأجدر بوصف « الأم » .

٢ - وقد أكد القرآن الكريم هذا المعنى بنص حاسم ، فيقول في تخطئة المظاهرين : ﴿ **الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ، إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وأنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً** ﴾[١] . بهذا الأسلوب الجازم الحاصر حدد القرآن الكريم معنى الأمومة : ﴿ **إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم** ﴾ . فلا أم في حكم القرآن إلا التي ولدت . أما التي لا تحمل ولا تلد كيف تسمى أماً ؟ وكيف تتمتع بمزايا الأمومة دون أن تحمل أعباءها ؟ . كما أكده أيضاً في مواضع أخرى تحمل ذات المعنى . من ذلك قوله جل شأنه : ﴿ **حملته أمه وهناً على وهن** ﴾ ، وكذلك : ﴿ **حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً** ﴾ صدق الله العظيم .

٣ - كما يرى البعض[٢] أيضاً أن الولد يتبع في النسب المرأة المتبرعة بالحمل وزوجها ، وليس من أخذت اللقيحة منهما على أساس قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « **الولد** للفراش وللعاهر الحجر » . فمتى حملت امرأة ذات زوج بالتلقيح الصناعي ، أو الشتل أو الزنا أو الغصب أو الوطء بشبهة فإن حملها يعتبر للزوج ولزوجته التي حملت به ووضعته ، ولا علاقة للغاصب أو للزاني أو المأخوذ منه المنى . .

---

(١) آية رقم ٢ من سورة المجادلة .

(٢) الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود ، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي ص ٩ .
- علي محمد يوسف المحمدي ، ثبوت النسب ، ص ٣٧٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وقد اعترض أنصار الرأي الأول على هذه الأسانيد : من ناحية لأن الآية ﴿ **إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم** ﴾ تتحدث عن الظهار وهو قول الرجل لامرأته أنتى علي كظهر أمي . حيث كان يحدث هذا عند العرب قبل الإسلام ، وأراد الشارع الحكيم أن يُبيّن خطأ هذا التصور . فالمظاهر أمام امرأتين : زوجته التي ظاهر منها ، وأمه التي ولدته وشبه زوجته بها . أما زوجته فهي ليست أماً له ولذلك فهي غير محرمة عليه : « ما هن أمهاتهم » لأن التحريم إنما يأتي من قبل الشارع . أما المرأة الأخرى المحرمة عليه بالفعل فهي أمه التي ولدته . فالمقارنة قد جرت بين هاتين المرأتين فقط ، وإذا كان هناك حصر فهو بالنسبة للمرأتين المذكورتين في سياقها وليس على الإطلاق : « وعلى أية حال فلا بد من توجيه الآية بحيث لا يكون المراد منها حصر الأمومة بالولادة وإلا فإنها ستتعارض مع قول الله تعالى : ﴿ **وأمهاتكم من الرضاعة** ﴾[1] فكيف يصح أن يراد من الآية الأولى حصر الأمومة بالولادة وهنا قد سمى ، في الآية الثانية ، المرضعات أمهات ؟ وإذا كانت الآية الثانية لا تمنع المرضعة أن تكون أماً ، فمن باب أولى لا تمنع صاحبة البويضة التي لم تلد من أن تتصف بوصف الأمومة .

ومن ناحية أخرى ، فإن حديث « الولد للفراش وللعاهر الحجر » يحكم كل حالة يكون فيها مصدر الجنين غير مقطوع بها بيقين . فإذا حملت زوجة وكان بالإمكان أن يكون هذا الحمل من الزوج أو من غيره ، فإن الحمل يُنسب ـ في هذا الفرض ـ لصاحب الفراش ، أي للزوج ما لم يُنكره . أما إذا قطعنا بيقين أن الولد ليس لصاحب الفراش فإن الولد لا يُنسب إليه . والدليل على ذلك لو أن رجلاً تزوج فولدت المرأة لأقل من ستة أشهر فالولد لا يلحق الزوج إجماعاً[2] . .

---

(١) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٧٦ .

(٢) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٨٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الفصل الثالث
نظرة تحقيقية

(٢٢١) عرضنا ـ بإيجاز ـ حجج كل من الفريقين بخصوص تحديد أم الطفل « نتاج » التلقيح الصناعي في الفرض الذي نحن بصدده . وقبل أن نوضح رأينا في هذا الخلاف ، يحسن أن نبدي الملاحظات الآتية :

١ ـ أن القول بعدم ثبوت النسب للزنا ، لأن الزنا لا يثبت نسباً[١] ، هو قول غير صحيح من ناحية ، وبه تعميم تحتاج إلى تدفيق من ناحية أخرى . أما أنه غير صحيح فذلك لأن التلقيح الصناعي في كافة صوره ، داخلياً كان أم خارجياً ، لا يُعتبر ـ شرعاً وقانوناً[٢] ـ زنا . فالتلقيح الصناعي إما أن يكون عن طريق حقن نطفة مذكرة في المكان المناسب داخل مهبل المرأة ، وإما أن يكون عن طريق زرع بويضة ملقحة في أنبوب اختبار داخل رحم المرأة التي ترغب في الحمل . وكلا الفرضين لا تنطبق عليهما جريمة الزنا شرعاً وقانوناً . فجوهر حرمة الزنا هو الوطء ، أي الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة ، ونتيجته هذه وضع ماء رجل أجني قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط زوجية شرعية . وعنصر الوطء متخلف في حالة حقن النطفة في مهبل المرأة ، وإن كان يؤدي إلى ذات النتيجة وهي إدخال ماء رجل أجنبي عن المرأة في مهبلها ، ويتخلف الجوهر « الوطء » والنتيجة « إدخال ماء » في حالة زرع بويضة ملقحة ، فهي ليست ماء وإنما أولى مراحل تكوين الكائن البشري .

أما أن القول السابق يتضمن تعميماً فذلك لأن الزنا لا يثبت نسباً لجهة الزوج فقط . أما لجهة الأم ، فإن فقهاء الشريعة الغراء يرون أن نسب الولد يتبع أمه بمجرد ولادته دون حاجة لأي إثبات آخر ، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو من زواج فاسد ، أم كانت من غير زواج كالزنا والدخول

---

(١) علي محمد يوسف ، ثبوت النسب ، ص ٣٧٦ .

(٢) راجع ما سبق ، فقرة رقم ١٧٤ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

بشبهة[1] . أما النسب لجهة الأب فيثبت لصاحب الفراش ، أي الزوج ، أما الزاني العاهر فله الخيبة وسوء المصير . ومن ثم ، يجب التفرقة بين ثبوت النسب للأب والقول بأنه لا يثبت بالزنا ، ولا يثبت إلا بالفراش أو الإقرار أو البينة ، وبين ثبوت النسب للأم الذي يثبت بالولادة فقط ، سواء كان الحمل ثمرة لزواج أو لزنا أو لاغتصاب أو لوطء بشبهة .

٢ ـ أن البعض[2] يربط بين ما بين تحريم أو عدم تحريم تأجير الرحم وبين تحديد المرأة التي يُنسب إليها المولود والتي تُعتبر أماً له مع أن القول بالحرمة أو الحل لا علاقة له إطلاقاً ـ من قريب أو بعيد ـ بتحديد نسب الولد لجهة الأم . فالأحكام التي يتقرر على أساسها الجواز أو التحريم ليست هي ـ قطعاً ـ الأحكام التي يتحدد على أساسها نسب الولد لجهة الأم . فالقول بالتحريم ، وهو ما نعتقده ، يعني أن من يلجأ إلى هذه الوسيلة من الإنجاب فإنه آثم يستحق العقوبة التي يقررها الحاكم (تعزيزية) ، يستوي في ذلك من كان طرفاً فيها أو ساعد على تنفيذها . لكن اللجوء إليها ـ مع ذلك ـ يقتضي تصفية الآثار التي تترتب عليها ، وأهم هذه الآثار تحديد نسب الولد سواء لجهة الأب ، أو لجهة الأم . وإذا كان القول بالتحريم على أساس أن العمل يُعتبر زنا يؤثر على نسب الولد لجهة الأب لأن الزنا لا يثبت نسباً ، فإنه لا يؤثر ـ على فرض صحته ـ على نسب الولد لجهة الأم حيث يثبت نسبه لمن ولدته حتى ولو من زنا .

٣ ـ أن الإستناد إلى حديث « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ـ للقول بأن المرأة التي تبرعت بالحمل هي أم المولود ـ غير صحيح .

ليس ـ كما رأي البعض[3] ـ لأن هذا الحديث الشريف يحكم ، فقط ، كل حالة يكون فيها مصدر الجنين غير معروف ببقين ، الأمر الذي لا يتوافر

---

(١) الهداية وفتح القدير ، جزء ٣ ، ص ٣٠٦ وما بعدها .

(٢) يوسف القرضاوي ، المقالة السابقة ، ص ٤٥ وما بعدها .

(٣) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٨١ ، ٨٣ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

في الفرض الذي نحن بصدده ، وإنما لعدة أسباب أخرى :

أ ـ أن هذا الحديث الشريف يحكم ، فقط ، تحديد نسب الولد لجهة الأب ، لكنه لا يفيد في تحديد نسب الولد لجهة الأم . فنسب الولد يثبت للرجل بأحد أسباب ثلاثة : الزواج الصحيح أو الفاسد ، الوطء بشبهة ، ومخالطة الرجل لجاريته التي ملكها ملك يمين . ويمكن إثبات هذا النسب بأي وسيلة من الوسائل الآتية :

الفراش ، الإقرار ، البينة[1] . أما نسب الولد لجهة الأم يثبت بالولادة وحدها دون حاجة لأي إثبات آخر دون أدنى علاقة بالفراش أو الزنى .

ب ـ أن هذا الحديث الشريف يحكم نسب الولد في حالة قيام علاقة زوجية صحيحة ومشروعة بين الزوجين فقط . فما هو الحكم إذن إذا كانت المرأة التي تبرعت بحملها ليست متزوجة ؟ فالفرض أنه ليس هناك فراش يجمعها بالزوج حتى يمكن القول إن الحمل يعتبر للزوج ولزوجته التي حملت به ووضعته . وليس من المعقول أن نقرر ـ في هذا الفرض ـ أن الأم هي صاحبة البويضة لمجرد أن المرأة التي تبرعت بحملها ليست متزوجة . فمعيار الأمومة يجب أن يكون واحداً محدداً وواضحاً لا يختلف من حالة لأخرى .

ج ـ أن التدليل على عدم انطباق الحديث الشريف في الفرض الذي نحن بصدده على المرأة التي تلد لأقل من ستة أشهر هو تدليل ـ في نظرنا ـ غير دقيق . فكون المرأة المتزوجة قد وضعت وليدها لأقل من ستة أشهر يعني ـ ببساطة ـ أن شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح لم تتوافر ، ومن ثم يثبت نسب الولد من الزوج بالفراش ، لأن هذه المدة هي أقل مدة يحتاج

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ ، وما بعدها .
ـ بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ١٦ وما بعدها .
ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٧ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

إليها الجنين حتى يولد حياً[1] . بينما في الفرض الذي نحن بصدده ، قد تكون الزوجة قد وضعت بعد مرور أكثر من ستة أشهر على الزواج ، وأن يكون الزوج ممن يصدر منه الإحبال عادة بأن يكون بالغاً أو مراهقاً . إذ في هذا الفرض ، حيث تتوافر شروط الفراش الصحيح ، فإن الأصل أن يُنسب الولد للزوج إلا إذا أنكره هذا الأخير بملاعنة الزوجة .

٤ ـ أن الاحتجاج بالآية ﴿ **إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم** ﴾ ينهض ـ في نظرنا ـ دليلاً صحيحاً على حصر الأمومة في الولادة . فلا أم ـ في حكم القرآن ـ إلا التي ولدت . أما الإعتراضات التي أثارها البعض[2] على هذا التفسير فهي غير صحيحة . فالقول بأن الآية الكريمة نزلت لكي يُبين الشارع الحكيم للمظاهرين خطأهم هو قول صحيح لكنه لا ينهض دليلاً على نفي حصر الأمومة في الولادة . فالمظاهر أمام امرأتين : زوجته وهي ليست أماً لأنه لم تلد « الزوج » المظاهر ، وأمه التي ولدته حقيقة وفعلاً . والأم المحرمة ـ هنا ـ ليست الزوجة المظاهر فيها . وإنما الأم الحقيقية التي ولدته . والآية وإن كانت قد نزلت بخصوص المرأتين المذكورتين (الزوجة والأم) ، إلا أنها تُفيد ، أيضاً ، تحديد المعنى الحقيقي للأمومة ، وحصره في الولادة . وأي امرأة أخرى ، سواء الزوجة المظاهر منها أو غيرها ، ليست أماً بالمعنى الحقيقي للأمومة . ولنا في ذلك دليل آخر يؤكد صحة ما ذهبنا إليه . فلو افترضنا ـ مثلاً ـ أن الأم ـ في حالة تأجير الرحم ـ هي المرأة صاحبة البويضة ، ثم تزوج هذا الولد « نتاج التلقيح » بعد أن يشب عن الطوق ويبلغ عمر الشباب . ثم ـ فرضاً أيضاً ـ ظاهر زوجته . فإننا نكون ـ في هذه الحالة ـ أمام امرأتين : زوجته التي ظاهر منها ، وأمه التي لم تلده ، لكونها ـ فقط ـ صاحبة البويضة . فكيف إذن يستقيم التفسير الذي يُفيده ظاهر الآية وألفاظها ؟ فالآية تفترض أن المظاهر أمام امرأتين : الزوجة المظاهر منها ، والأم التي ولدت

---

(١) حاشية ابن عابدين ، جزء ٢ ، ص ٢٨٤ .

(٢) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٧٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

« الزوج المظاهر » ، بينما القول باعتبار صاحبة البويضة هي الأم يجعلنا أمام زوجة وأم لم تلد مع أن الآية تحصر المقارنة بين الزوجة والأم التي تلد .

ومن ناحية أخرى ، فإن القول[1] بأن حصر الأمومة في الولادة سيتعارض مع قول الله تعالى : ﴿ **وأمهاتكم من الرضاعة** ﴾ هو ، أيضاً : قول غير صحيح . فالأم من الرضاع هي ـ بالإجماع ـ أم مجازاً لا حقيقة . فالرضاع يُنشىء رابطة بين المرضعة ومن أرضعته لأنها تغذيه بجزء من جسمها ، فتشترك أجزاؤها في تكوينه ويكون جزءاً منها[2] . وإذا كان الطفل جزءاً منها صارت كأمه النسبية ، وأنه كابنها النسبي وأولادها أخوة له . فهي إذن ـ أي الأم من الرضاع ليست ـ حقيقة ـ أماً ، وإنما هي « كالأم » . فهي تأخذ حكم الأم الحقيقية من حيث تحريم الزواج بها أو بأولادها وغير ذلك من المحرمات بسبب الرضاع . أما فيما عدا ذلك . فهي ـ قطعاً ـ لا تعامل معاملة الأم من حيث النفقة والميراث والحضانة وغير ذلك من أحكام الأمومة الحقيقية .

أما الآية ﴿ **إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم** ﴾ فهي تحدد معنى الأمومة الحقيقية وما يترتب على ذلك من آثار بالنسبة لهذه الأم . وقد حصرتها الآية الكريمة في الحمل والولادة . أما غيرها فلا تعتبر أماً حقيقية ، حتى لو اعتبرت ـ في بعض الفروض ـ أماً من الرضاع .

وبهذا المفهوم الصحيح لمعنى الأمومة ، فإن المرضعة لا تعتبر أماً حقيقية ، وإن اعتبرت أماً فرضاً ومجازاً بالنسبة لتحريم الزواج فقط ، كما أن المرأة صاحبة البويضة ، التي لم تحمل ولم تلد لا تستحق ـ هي الأخرى ـ أن تحمل صفة الأم الحقيقية .

٥ ـ أن القول باعتبار المرأة صاحبة البويضة « أماً » للمولود قياساً على الأب صاحب النطفة هو قول غير صحيح . ولبيان ذلك نُذَكِّر مما سبق وهو أن

---

(١) هاشم جميل ، المقالة السابقة ، ص ٧٥ وما بعدها .

(٢) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

النسب يقوم ـ بوجه عام ـ على الحقيقة البيولوجية . وفي ذلك يقول ربنا سبحانه وتعالى : ﴿ **يأيها الناس إن كنتم في ريب من البعث فإنا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة** ﴾[1] . وعلى ذلك اعتبرنا أن الأب الحقيقي للمولود والذي تربطه به صلة حقيقية هو صاحب النطفة ما لم تكن من زنا . فالزنا لا يثبت نسباً لجهة الأب . وقد يُقال باعتبار المرأة صاحبة البويضة « أماً » للمولود قياساً على الأب وإعمالاً للمعيار البيولوجي ، وإقراراً للرابطة الحقيقية بين المرأة والطفل .

والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن مثل هذا القول قد يغري على الأخذ به . لكننا ـ مع ذلك ـ نرى أن القياس ـ هنا ـ هو قياس مع الفارق . ويرجع ذلك ، أصلاً ، إلى اختلاف دور الرجل تماماً عن دور المرأة في المشاركة في « تكوين » الطفل حتى الولادة . فالرجل يقتصر دوره ـ في كل الأحوال ـ على إفراز النطفة التي يتم تلقيح بويضة المرأة بها ، فهو ـ إن شئنا ـ دور سلبي تماماً بحكم طبيعة الأشياء ، وبحكم اختلاف الطبيعة الجسدية لكل من المرأة والرجل . أما المرأة فدورها يختلف عن ذلك كلية ، فهي لا تقتصر على إفراز البويضة ، بل أيضا وحمل البويضة الملقحة تسعة أشهر مع ما في ذلك من معاناة صحية ونفسية ، ثم تنتهي فترة الحمل بالوضع ، وهي عملية شاقة جداً على المرأة من كافة النواحي . في ضوء هذه الظروف ، وفي ظل اختلاف دور المرأة في عملية الإنجاب عن دور الرجل ، فلا نعتقد بصحة القول بالقياس في هذا الصدد . فهو إذن قياس مع الفارق لاختلاف طبيعة دور كل منهما .

٦ ـ وأخيراً فإن القول بأن المرأة المتبرعة بالحمل مثلها ـ هنا ـ مثل المرضعة التي ترضع وليداً غير وليدها[2] هو قول فيه تسطيح للأمور ، أو تبسيط يتجاهل حقيقة دور المرأة المتبرعة بالحمل . « فالوليد يستخلص من

---

(١) سورة الحج ، آية رقم ٥ .

(٢) عبد المحسن صالح ، المقالة السابقة ، ص ٢٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

المرضع غذاءه وكذلك يفعل الجنين المزروع » هكذا يرى أنصار القول السابق . فالأمومة ليست بويضة تؤخذ من هذه المرأة أو تلك ، تلقح بنطفة هذا الرجل أو ذاك ، وإنما هي أيضاً ، وبالدرجة الأولى ، حمل وولادة ، والقول بأن دور المرأة المتبرعة بالحمل يقتصر على تغذية الطفل كالمرضعة فيه ظلم كبير لهذه المرأة وإجحافاً لحقيقة الدور الذي تؤديه . فالأمومة الحقيقية تمر بمراحل ثلاث : تلقيح النطفة ، الحمل ، الوضع ، وقد قامت المرأة التي تبرعت بالحمل ، بمرحليتين من هذه المراحل ، وكلتاهما من أصعب مراحل الأمومة من الناحية العملية ، وأكثرها خطورة على صحة الحامل والجنين معاً . وفي ضوء هذا المفهوم للأمومة ، يبدو اختزال دور المرأة التي تبرعت بالحمل إلى حد اعتبارها مجرد مرضعة لا يتفق ، إطلاقاً ، وحقيقة الواقع .

ومن ناحية أخرى ، فإن المرأة لا تعتبر ـ بحسب المعنى العادي للرضاعة ـ مرضعاً إلا ابتداء من وقت الولادة . فالرضاع هو مّصْ الرضيع اللبن من ثدي آدميه[1] . ومدة الرضاع سنتين لقوله جل شأنه : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾ . وتبدأ مدة الرضاعة من وقت الرضاعة . وهو ما يستفاد من قوله تعالى : ﴿ **وحمله وفصاله ثلاثون شهراً** ﴾ ، وقوله جل شأنه : ﴿ **وفصاله في عامين** ﴾ فدل ذلك على أن أقل مدةللحمل هي ستة أشهر ، والفصال (الفطام) في عامين على اعتبار أنه لا يبدأ إلا بعد الولادة مباشرة . وهو ما يؤكده القانون الكويتي في المادة ١٨٨ أحوال شخصية حيث يقرر : « لا تستحق أجرة الإرضاع لأكثر من حولين من وقت الولادة » .

ويترتب على ذلك أن اعتبار المتبرعة بالحمل أماً من الرضاع بالنسبة للمولود فيه تجاهل للدور الذي تؤديه من ناحية ، ولا يتفق مع المقصود بالرضاعة ومدتها وبدايتها من ناحية أخرى . فالرضاع يبدأ من تاريخ الولادة ،

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ١١٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فبينما المرأة التي تتبرع بالحمل تقوم بإرضاع الطفل قبل ولادته وأثناء فترة الحمل . فهذه الفترة إذن (تسعة أشهر) تحسب مرة من مدة الحمل ، ومرة أخرى من مدة الرضاع ، مع أن القرآن الكريم يفرق بينهما بوضوح حيث تأتي مدة الرضاع تالية بالضرورة لمدة الحمل . وإذا افترضنا واحتسبنا مدة الحمل مدة رضاع أيضاً ، فما هي المدة المتبقية لتمام الرضاعة ؟ يبدو أن هذه المدة تخصم من مدة الحولين ، ولا يتبقى للطفل من مدة الرضاعة إذن سوى ١٥ شهراً وهو ما يتعارض صراحة مع قوله جل شأنه : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾ . هذا بالإضافة إلى أن الرضاعة هي مّصْ الرضيع لبناً من ثدي آدميه ، بينما الجنين في بطن المتبرعة بالحمل يتغذى بطريقة مختلفة[1] تماماً ليس فيها مّصْ ولا ثدي ولا لبناً.

(٢٢٢) والحقيقة أن معنى الرضاع الذي رتب عليه الشرع التحريم محل خلاف بين الفقهاء[2] . فالرضاع عند جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعي كل ما يصل إلى جوف المولود عن طريق حلقه مثل الوجور ـ أي صب اللبن في حلق الطفل ، وألحقوا به السعوط ، أي صب اللبن في أنفه . وقد خالف في ذلك الإمام الليث بن سعد والظاهرية وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد بن حنبل ، حيث لا يترتب التحريم عندهم إلا بالرضاع بمعناه المعروف وهو مّصْ اللبن من ثدي آدميه . فالسعوط ليس برضاع ، فأشبه بما يدخل من جرح في بدنه .

وهكذا يبدو أن البعض يكتفي ، لثبوت التحريم ، بقدر من اللبن له تأثير في تكوين الطفل بإنشاز عظمه وإنبات لحمه أياً كانت طريقة وصول اللبن إلى معدة الطفل وسواء كان الفم أو الأنف لأن هذا يصل به اللبن حيث

---

(١) حيث يصل الحبل السري بين الجنين ومشيمة الأم ، ويقوم الحبل السري بنقل الغذاء والهواء إلى الجنين من الأم ، راجع : محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٣٥٦ .

(٢) المغنى لابن قدامة ، جزء ٩ ، ص ١٩٤ وما بعدها .
ـ المحلى لابن حزم ، جزء ١٠ ، ص ٩ وما بعدها ـ فتح القدير ، جزء ٣ ، ص ٢ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

يصل بالارضاع . ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارضاع ، فيجب أن يساويه في التحريم ، ولأنه سبيل الفطر للصائم ، فكان سبيلاً للتحريم كالرضاع بالفم[1] .

بينما يرى البعض الآخر[2] أنه « لو كانت العلة هي إنشاز العظم وإنبات اللحم بأي شيء كان ، لوجب أن نقول بأن نقل دم امرأة إلى طفل يحرمها عليه ويجعلها أمه ، لأن التغذية بالدم في العروق أسرع وأقوى تأثيراً من اللبن » . وينتهي هذا الجانب من الفقه إلى أن الشارع الحكيم قد جعل أساس التحريم « الأمومة المرضعة » كما في قوله تعالى : ﴿ **وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾[3] . وهذه الأمومة التي صرح بها القرآن لا تتكون من مجرد أخذ اللبن ، بل من الامتصاص والالتصاق الذي يتجلى فيه حنان الأمومة وتعلق البنوة . فالواجب هو الوقوف عند ألفاظ الشارع في هذا الصدد . . وهي كلها تتحدث عن الإرضاع والرضاع والرضاعة ، وهي تعني ـ أيضاً ـ إلقام الثدي والتقامه وامتصاصه : لا مجرد الاغتذاء باللبن بأي وسيلة . وفي ذلك يقول ابن حزم : « وأما صفة الرضاع المحرم فإنما هو ما امتصه الراضع من ثدي المرضعة بفمه فقط ، أما من سقى لبن امرأة فشربه من إناء أو حلب في فمه فبلغه أو أطعم بخبز أو طعام أو صب في فمه أو في أنفه أو في أذنه أو حقن به ، فكل ذلك لا يُحرم شيئاً ولو كان ذلك غذاؤه دهره كله »[4] .

---

(١) المغنى لابن قدامة ، الإشارة السابقة .

(٢) يوسف القرضاوي ، بنوك الحليب ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، أولاً ، الإنجاب في ضوء الإسلام ، ١٩٨٣ ، ص ٥٢ .

ـ ماهر قحوت ، بنوك الحليب البشري المختلط ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ١٩٨٣ ، ص ٣٥ ، الشيخ بدر المتولي عبد الباسط ، آراء في التلقيح الصناعي ، المقالة السابقة ، ص ٤٨٥ .

(٣) سورة النساء ، آية ٢٣ .

(٤) جزء ١٠ ، ص ٩ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ومن ثم ، فلا يعتبر إرضاعاً يثبت بـه التحريم إلا مـا وضعته المـرأة المرضعة من ثديها في فم الرضيع . ولا يسمى رضاعة ولا إرضاعاً إلا أخذ المرضع أو الرضيع بفمه الثدي وامتصاصه إياه . وكل ما عدا ذلك ، كالحلب والإسقاء والشرب والحقن والسعوط والتقطير ، لا يسمى إرضاعاً ولا رضاعة ولا رضعاً .

(٢٢٣) الخلاصة إذن أن الأمومة الحقيقية تمر بخطوات أو مراحـل ثلاث : تلقيح البويضة ، الحمل ، الوضع أو الولادة . فالطفل هو خلاصة أو نتاج هذه المراحل مجتمعة . والمرأة التي تؤدي هذه الأدوار تستحق ـ قطعاً ـ أن تتصف بوصف الأمومة . وكان الأمر سهلاً يسيراً في ظل التلقيح الطبيعي عن طريق الاتصال الجنسي . حيث كان حدوث الحمل ، بواسطة الاتصال الجنسي ، ومن ثم الـولادة ، يفترض افتـراضاً لا يقبـل إثبـات العكس أن البويضة التي تم تلقيحها بنطفة الرجل هي بويضة المرأة الحـامل نفسهـا . وهكذا كانت امرأة واحدة هي التي تقوم بكافة مراحل الأمومة ، فكانت الولادة في ذاتها دليلاً قاطعاً على ذلك .

وبنجاح التلقيح الصناعي وإمكانية التبرع بنطفة مؤنثة ، أمكنه ـ عملاً ـ تجزأة مراحل الأمومة وتوزيعها على امرأتين (ربما أكثر في المستقبل !) : صاحبة البويضة الملقحة أو من تتبرع بالحمل والـولادة . والحقيقة التي لا مراء فيها أن كلاً منهما يساهم بدور ما في إنجاب الطفل . فلا عجب إذن أن يثور النقاش ، بل ويحتدم ، حول من هي الأحق بوصف الأمومة ؟ فكل امرأة منها يراودها الأمل في أن تحمل هي ـ دون الأخرى ـ شرف الأمومة وساماً على صدرها .

ولـذلك فـلا مناص من التـرجيـح بينهمـا ، وتفضيـل أحـدهمـا على الأخـرى . لكن ما هـو معيار التـرجيح ، ومن ثم التفضيـل ؟ **سنعتمـد في الترجيح على عدة اعتبارات كما يلي :**

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أولاً : اعتبارات عملية

(٢٢٤) سنحاول ، هنا ، إجراء مقارنة سريعة بين دور كل من المرأتين لنرى أيهما أكثر أهمية وفاعلية من الناحية العملية ، مع التسليم بضرورة كل مرحلة من مراحل الأمومة واستحالة الاستغناء عن أحد هذه المراحل .

١ ـ دور صاحبة البويضة :

(٢٢٥) يقتصر دور هذه المرأة ـ هنا ـ على إعطاء بويضة أفرزتها بدون اختيار ولم تعان في سبيل ذلك شيئاً . فدورها ـ في الواقع ـ دور سلبي تماماً ، تقوم به دون معاناة أو مشقة .

لكن هذا الدور السلبي له تأثيره الفعال على المولود . فالسجل الوراثي الحقيقي للطفل قد جاء أساساً من الخلايا الجنسية للأبوين : « فكل خلية بمثابة ميكروفيلم للمخلوق والذي منه جاءت . . . إن الأصول الوراثية ترجع الوليد أساساً إلى الوالدين اللذين شاركا بخلاياهما الجنسية منه »[١] . فقد أثبت العلم الحديث أن في كل خلية من خلايا جسم الإنسان ٤٦ جسماًملوناً (كروموسوماً) ؛ ثلاثة وعشرون زوجاً . . . اثنان وعشرون منها مسؤول عن بنيان الجسم وصفاته وواحد منها فقط مسؤول عن تعيين الجنس ذكر أم أنثى[٢] . وتحتوي البويضة المؤنثة على ٢٣ جسماً ملوناً . والنطفة المذكرة على عدد مماثل . فإذا قدر الله لأحد هذه الحيوانات المنوية العديدة أن يُلقح البويضة المؤنثة كان حاصل الجمع خلية سوية تحتوي على ٤٦ كروموسوماً . تلك الخلية هي البويضة الملقحة أو ما كما سماه القرآن الكريم ، النطفة الأمشاج . وعبر هذه الكروموسومات أو الجسيمات الملونة « تنتقل الصفات الوراثية من الآباء والأجداد حتى تصل إلى الأبناء دون أن يتطابق منهم اثنان »[٣] . ومن هذه الصفات ملامح الإنسان وشكله واستعداده لكثير من

(١) عبد المحسن صالح ، المقالة السابقة ، ص ٢٨ .

(٢) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .

(٣) شوقي محمد صالح ، المقالة السابقة ، جريدة الوطن الكويتية .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الصفات البدنية والنفسيح، بل واستعداده لوراثة هذا المرض أو ذاك .

٢ ـ دور المتبرعة بالحمل :

(٢٢٦) بعد تلقيح البويضة المؤنثة بالنطفة المذكرة في أنبوب الاختبار ، in vitro تزرع البويضة الملقحة « النطفة الأمشاج » في رحم المرأة التي تبرعت بحملها نباية عن صاحبة البويضة . وعند هذه اللحظة ، على وجه التحديد ، يبدأ دور هذه المرأة . وينحصر دورها ـ هنا ـ في الحمل والولادة وهو دور إيجابي يمر بمرحلتين :

١ ـ الحمل :

وقد شبه البعض[١] دور المتبرعة بالحمل خلال فترة الحمل بالمرضعة التي ترضع وليداً غير وليدها ، فالوليد يستخلص من المرضع غذاءه وكذلك يفعل الجنين المزروع . ولكي نستطيع ـ بموضوعية تامة ـ أن نحكم على مدى صحة هذا التشبيه وصدقه ، يحسن أن نعرض بإيجاز لتأثير الحمل على الحامل من ناحية ، وكيفية تغذية الجنين خلال فترة الحمل من ناحية أخرى .

ـ تأثير الحمل على « الحامل » :

ينقلب كيان المرأة بأكمله أثناء الحمل[٢] . حيث يضطرب الجهاز الهضمي في الحمل اضطراباً شديداً . ويبدأ الحمل عادة ، بالغثيان والقيء وخاصة في الصباح وفي الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل . كما أن كثيراً من الحوامل يصبن بسوء الهضم والحرقان.وتقل الشهية وخاصة في فترات الحمل الأولى . . . وتصاب الحامل عادة بالإمساك . ناهيك عن الوحم ، أي الرغبة الشديد في بعض الأطعمة أو حتى المواد الغريبة .

ومن ناحية أخرى ، يتحمل القلب أثناء الحمل أعباء إضافية تبلغ ضعف ما يتحمله في الحالات العادية ، فالقلب عليه أن يضخ كمية مضاعفة من الدم تكفي للأم والجنين معاً . ويبلغ ما يضخه القلب قبل الحمل ٦٥٠٠

---

(١) عبد المحسن صالح ، المقالة السابقة ، ص ٢٨ .

(٢) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٤٤٤ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لتر يومياً . أما أثناء الحمل وخاصة في الأشهر الأخيرة منه ، فإن القلب يضخ يومياً ١٥٠٠٠ لتر يومياً . ولكي يستطيع القلب أن يضخ هذه الكمية الزائدة ، فإن عليه أن يسارع من نبضاته ، كما عليه أن يقوى من ضرباته حتى يضخ في كل ضربة كمية أكبر من المعتاد . ولذلك يكبر حجم القلب قليلاً .

كما تشكو الحامل ـ في العادة ـ من نهجان وضيق في التنفس وخاصة في الأشهر الأخيرة من الحمل ، وتضطرب بعض وظائف الغدد الصماء في أثناء الحمل ، وتصاب بعض الأمهات الحوامل بلين العظام أثناء الحمل وبعده .

ويضاف إلى هذه المتاعب ، في كثير من الأحيان ، التهابات المجاري البولية التي تزداد زيادة كبيرة أثناء الحمل مما يؤدي إلى فقدان الزلال (البروتين) في البول ، ويؤدي ذلك إلى تورم الأقدام وتورم الوجه . كما يكثر في الحمل اضطراب ضغط الدم ، سواء بانخفاض بسيط في ضغط الدم مما يؤدي إلى الشعور بالدوخة ، أو حصول ارتفاع في ضغط الدم وتأثيره خطير على الحامل لأنه إذا لم يعالج فقد يؤدي إلى حالات تسمم الحمل الخطيرة المعروفة باسم (إكلامبسيا)[1] . وهذه الحالات تؤدي ـ إذا لم تعالج بسرعة وعناية فائقة ـ إلى وفاة الجنين ، بل وإلى وفاة الحامل ذاتها .

ولا تقتصر متاعب الحامل على الصعوبات الجسدية فحسب ، ولكن حالتها النفسية تضطرب أيضاً ، فهي بين الخوف والرجاء ، وبين الحزن والفرح ، وبين القلق والكآبة . إذ تكون أكثر حساسية من أي فترة مضت ، سريعة التأثر والانفعال ، والميل إلى الهموم والأحزان لأتفه الأسباب وذلك بسبب التغيير الفسيولوجي في كل أجزاء الجسم .

وصدق الله العظيم : ﴿ **حملته أمه وهناً على وهن** ﴾ ، وهن في آلام وأوجاع منذ بداية الحمل إلى حين الوضع .

---

(١) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ ، وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ـ تغذية الجنين خلال فترة الحمل :

لا ريب في أن الجنين يحصل ـ خلال هذه الفترة ـ من أمه على كل ما يحتاج إليه من غذاء وهواء ومناعة ، ويعطيها إفرازاته من المواد السامة لتطردها بدلاً منه خارج الجسم . فالحامل لا يقتصر دورها إذن على تغذية الجنين ، بل يتجاوز ذلك إلى إمداده بما يحتاج من هواء ومناعة وطرد إفرازاته الضارة .

أما من حيث غذاء الجنين ، فغذاؤه مكفول بواسطة الحبل السري الذي ينقل إليه الغذاء من مشيمة الأم . لكن وظيفة الحبل السري ، الذي يصل بين الجنين ومشيمة الأم ، لا تقتصر على تغذية الطفل . إذ يوجد بالحبل السري « شريانان يجريان من الجنين إلى الأم يحملان الدم الأسود والغير مؤكسد) وينقلان إلى الأم المواد الضارة (ثاني أوكسيد الكربون والبولينا) لتفرزها الأم بجهازها التنفسي وبجهازها البولي . . . كما أن الحبل السري ينقل الدماء النقية من الأم (المشيمة) إلى الجنين بواسطة الوريد السري الذي يحمل الغذاء والهواء (الأوكسجين) إلى الجنين »[1] .

فالحامل إذن هي التي تعطي الجنين كل **ما يحتاجه من غذاء** ولو جعلها شاحبة تعاني من فقر الدم ولين العظام وتسوس الأسنان وهبوط القلب . . . **وهي تمنع عنه كل أذى** ، ولا تسمح للميكروبات بالدخول إليه بواسطة المشيمة . . . ثم هي بعد **تعطيه الأوكسجين وتأخذ منه السموم** مثل البولينا وثاني أوكسيد الكربون . . . تأخذها عنه راضية فرحة لتطردها بدلاً عنه . . . وتعطيه كذلك مواد المناعة حتى إذا خرج إلى الدنيا خرج إليها بجهاز يستطيع أن يقاوم الأمراض والميكروبات المحيطة به .

ب ـ الولادة :

ما أن تتم فترة الحمل (تسعة أشهر عادة) بآلامها وآمالها ، بمتاعبها الجسدية والنفسية ، حتى تأتي لحظة الولادة وما يصاحبها من آلام ربما تفوق

---

(١) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٣٥٧ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أي ألم آخر . وقد شاءت الإرادة الإلهية أن يجلس الجنين في المكان الضيق بطريقة معينة ، بحيث إذا حانت لحظة الخروج ، كان أول ما يخرج منه رأسه[1] . فالرأس إذا خرج ، كان خروج بقية الأعضاء سهلاً يسيراً .

وتبدأ مرحلة الولادة بما يسمى « الطلق » ، وآلام الطلق تفوق أي ألم آخر . وقد تستدعي بعض الحالات تدخل الطبيب بسرعة إما لإخراج الجنين بالشفط أو باستخدام الجفت ، أو حتى بالعملية القيصرية . وإذا كان الطب قد استطاع تخفيف مخاطر الولادة نسبياً ، إلا أن هناك بعض المضاعفات التي قد تؤدي إلى أمراض خطيرة بجهاز المرأة التناسلي مثال ذلك تمزق عنق الرحم ، أو انثقاب بالمثانة أو جدار المهبل ، أو حدوث ناسور خلفي أو أمامي .

هذا بالإضافة إلى المتاعب التي تصادف الأم بعد الولادة ، حيث تصاب الأم ، بعد الولادة مباشرة ، بقشعريرة وإجهاد شديد ، واحتمال انخفاض ضغط الدم ، وبطء النبض ، وانخفاظ في درجة الحرارة ، ثم ارتفاع مرة أخرى أكثر من معدلها الطبيعي . ناهيك عن متاعب فترة النفاس الجسدية والنفسية[1] .

بعد هذا العرض الموجز لحقيقية دور المرأة خلال مرحلتي الحمل والولادة ، يبدو لنا غير صحيح اعتبارها مجرد مرضعة لا أكثر . فهي - في قيامها بهذا الدور العظيم - لم تقتصر على تغذية الطفل ، بل أعطته من كيانها وصحتها الجسمية والنفسية ، وقدمت له غذاؤه مهضوماً جاهزاً، ومنعت عنه الأذى ، وأعطته الهواء نقياً ، وأخذت منه السموم ، وأعطته مواد المناعة ضد الأمراض التي تهدده . فأين هذه المرضعة التي تقوم ، ولو بجزء يسير ، من كل هذا ؟

---

(١) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٤٥٤ .

(٢) محمد علي البار ، المرجع السابق ، ص ٤٦١ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ثانياً : اعتبارات منطقية

(٢٢٧) « من أحق الناس بحسن صحبتي يا رسول الله ؟ » هكذا سأل سائل رسولنا الكريم . فأجابه أفضل الخلق : « أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من قال أبوك » .

وقال جل شأنه في كتابه الكريم : ﴿ **وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً ، إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً، واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً** ﴾ .

وقال رسولنا الكريم لمن حمل أمه على ظهره ، وأخذ يطوف بها بالبيت وهي على ظهره : هل قضيت حقها ؟ قال أفضل الخلق أجمعين : « لا ولا بزفرة واحدة » .

حينما يسأل المرء نفسه عن السبب في كل هذا التكريم للأم خصوصاً (والوالدين عموماً) من قبل الشريعة الغراء : هل لأنها أفرزت البويضة التي تم تلقيحها ، أم للتعب والمشقة والمعاناة التي تلاقيها في الحمل والولادة والرضاعة ؟ من التي تستحق التمتع بمزايا الأمومة ؟ هل التي تحملت ، في صبر ورضا ، أعباءها ، وأعطت وبذلت بسخاء ، أم تلك التي لم تحمل ولم تلد واقتصرت على إفراز بويضة لم تتحمل في سبيل إفرازها شيئاً ؟ وكيف تسمى التي لا تحمل ولا تلد أماً ؟ ومن هي أحق بالتكريم وبلوغ هذا المقام العظيم للأمومة : من حملت الجنين وهناً على وهن ، ووضعته كرهاً . أم من أفرزت البويضة ثم انتظرت ـ في بيتها ـ للحصول على « ثمرة » معاناة الآخرين وصبرهم ؟ من هي ـ بعد ذلك كله ـ الجديرة بالرعاية والإجلال والتكريم ؟ فالقول بأن الأم الحقيقية للمولود هي المرأة صاحبة البويضة له ـ عملاً ـ آثار على قدر كبير من الخطورة ، حيث نجد ـ من ناحية ـ امرأة « تبيض » وآخريات يحملن ويتألمن ويعانين آلام الحمل والمخاص ، ثم لا يتمتعن حتى ولا بصفة الأمومة ، وحيث يمكن ـ من ناحية أخرى ـ لهذه المرأة

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

(التي تبيض) أن تحصل كل شهر على جنين وربما أجنة !!! . كيف يكون ذلك والأم ـ شرعاً وقانوناً ـ هي التي تأتي «بالولد» بعد حمل لا تقل مدته عن ستة أشهر ؟

ثالثاً : اعتبارات شرعية ولغوية

(٢٢٨) وما لنا ـ في النهاية ـ نذهب بعيداً وقد حصر القرآن الكريم الأمومة في الحمل والولادة . فقد ذكرت الأم في كثير من الآيات ، مصحوبة بالحمل والوضع معاً ، أو الوضع فقط. وفي ذلك يقول رب العزة : ﴿ **ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً** ﴾ ﴿ **ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين** ﴾[1] ﴿ **وإن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم** ﴾ صدق الله العظيم . وهذه الآيات جميعاً تؤكد أن الأم هي التي تلد ، ولا أم ـ في حكم القرآن ـ إلا التي ولدت .

ويترتب على ذلك أن نفي صفة الأمومة عن المرأة التي حملت الجنين وولدته على أساس أن البييضة من امرأة أخرى ليس صحيحاً . فالقاعدة الشرعية تقول : أنه لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح . وقد رأينا أن الله سبحانه وتعالى قد صرح في كتابه الكريم بأن الأم هي التي تلد ، وسلك في ذلك أقوى طرق القصر وهي النفي والإثبات : ﴿ **إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم** ﴾. أي أنه ـ جل شأنه ـ ينفي صفة الأمومة عن التي لم تلد الطفل[2] .

ومن ناحية أخرى ، فإن الله سبحانه وتعالى يقول : ﴿ **ولا تضار والدة بولدها** ﴾ . ومعلوم أن الحقيقة تقدم على المجاز . والوالدة الحقيقية هي التي ولدت . « فالولد » ابن للمرأة التي ولدته ، وهذه الأخيرة « أم » له . فالمولود « ولد » للوالدة . ويؤكد ذلك أن الأم لغة هي الوالدة ، وهما كلمتان

---

(١) سورة لقمان ، آية رقم ١٥ .

(٢) الشيخ علي الطنطاوي، المقالة السابقة، ص ٤٨٩.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

مترادفتان . والوالدة ـ كما هو معروف ـ اسم فاعل من ولد يلد . فالوالدة إذن هي أم المولود حقيقة ، فيجب إذن أن تكون ، أيضاً ، أمه الشرعية والقانونية .

ويلاحظ أن عظمة القرآن الكريم تتجلى دائماً في الربط بين التوصية بالوالدين ومعاملتها بإحسان وبين المتاعب والأوجاع التي تتحملها الأم من أول الحمل إلى حين الوضع . فهي في وهن من أول الحمل إلى آخره . أفلا تكون بعد ذلك كله جديرة بالإحسان وحسن المعاملة ؟

رابعاً : اعتبارات قانونية

(٢٢٩) هذا بالإضافة إلى أن هذا الحل هو الذي يمكن الأخذ به في ظل قواعد القانون الحالية ، سواء بالنسبة لقانون النسب ، أو بالنسبة لقانون الجزاء .

١ ـ قانون النسب :

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية ، في كل من مصر والكويت ، لثبوت نسب الولد لجهة الأم ، سواء بالنسبة لأسباب ثبوت النسب أو طرق الإثبات ، على عكس أحكام ثبوت نسب الولد لجهة الأب حيث بين القانون أحكامها تفصيلاً . ولا نكاد نجد ، بخصوص ثبوت نسب الأمومة ، سوى النص الذي يجيز ثبوت نسب الولد لجهة الأم بإقرارها[١] ، على فرض توافر كافة شروط الإقرار التي حددها .

وبالرغم من عدم تعرض قانون النسب صراحة لكيفية ثبوت الأمومة ، فإن الفقه[٢] ، في مصر والكويت ، مستقر على أن الأمومة تثبت بالولادة .

---

(١) مادة ١٧٤ « ب » أحوال شخصية كويتي .

(٢) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ .

ـ بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، فقرة رقم ١١ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

«يثبت نسب الولد من أمه بمجرد ولادته بدون حاجة إلى إثبات ، سواء أكانت الولادة من زواج صحيح أم من زواج فاسد ، أم كانت من غير زواج كالزنى والدخول بشبهة »[1] . بل إن النسب إذا ثبت بالولادة فلا يمكن نفيه بعد ذلك[2] ، ولا يجوز لمن ولدت الطفل ـ بعد ثبوت نسبه بالولادة ـ أن تنكر أمومتها له .

أما القانون الفرنسي ، وإن كان لم يتعرض مباشرة ، كالقانونين الكويتي والمصري ، لكيفية ثبوت نسب الولد لجهة الأم ، إلا أنه يُفيد ضمناً أن الأمومة لا تثبت إلا بالولادة . وفي ذلك تنص المادة ٣٤١ مدني فرنسي على حق الولد في البحث عن أمه بدعوى يرفعها لهذا الغرض . لكن الأمومة لا تثبت ، طبقاً لهذا النص ، إلا إذا أثبت الولد أن الأم « المزعومة » هي التي ولدته ، ولا ريب في أن هذا النص يفيد ، بالضرورة ، أن الأم هي التي حملت الطفل وولدته . وعلى هذا استقر الفقه الفرنسي بالإجماع[3] .

٢ ـ قانون الجزاء :

تنص المادة ١٨٣ من قانون الجزاء الكويتي ، والمعدلة بالقانون ، رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ ، على أنه : « كل من خطف طفلاً حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدل به غيره ، أو عزاه زوراً إلى غير والده أو والدته يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات » . كما تنص المادة ٢٨٣ من قانون العقوبات المصري ، والمعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ ، على أن : « كل من خطف طفلاً حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدله بآخر أو عزاه زوراً إلى غير والدته يعاقب بالحبس . . . »[4] .

---

(١) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ .

(٢) محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، فقرة رقم ١١ .

(٣) - J. R. Devichi, art, prec., no 16 .

- G. Raymond, art, prec., mo 28

- C. L. Riou, da filiation et la medecine moderne, Rev. inter, dr. comp, 1986, p. 421.

(٤) في ذات المعنى أيضاً ، راجع المادة ٣٢٢ عقوبات فرنسي .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

وهكذا تتفق القوانين الثلاثة ، الكويتي والمصري والفرنسي ، على أن نسبة طفل . زوراً ، إلى غير والدته يُعتبر جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بالحبس . والمستقر عليه ، فقهاً وقضاء[1] ، أن المقصود بالأم في حكم هذا النص هي المرأة التي حملت الطفل وولدته . ومن ثم فالقول بنسب الطفل إلى امرأة أخرى ، حتى ولو كانت صاحبة البويضة ، يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون . ويوقع العقاب ـ في هذه الحالة ـ على من قام بتغيير الحقيقة ، ونسب الطفل إلى امرأة أخرى غير التي ولدته .

الخلاصة : إذن أن كلاً من المرأتين ، صاحبة البويضة والمتبرعة بالحمل ، قد شاركت ، بدور ما ، في إنجاب الطفل . لكن عند الاختيار والموازنة والمفاضلة بينهما ، فإن الكفة تميل بوضوح في صالح المرأة التي عانت متاعب الحمل ، وصبرت على آلم الولادة ، وأعطت الطفل من كيانها وصحتها النفسية والجسمية .

الفصل الرابع
بعض الصعوبات العملية

(٢٣٠) انتهينا إلى أن الكفة ـ عند الترجيح ـ تميل لصالح المرأة التي عانت متاعب الحمل وآلام الولادة . لكن هذا الحل يُثير ـ من الناحية العملية ـ بعض الصعوبات التي يحسن التعرض لها في قليل من التفصيل على الوجه الآتي :

أولاً : علاقة الولد بالمرأة صاحبة البويضة

(٢٣١) إذا كنا قد انتهينا إلى أن أم الولد هي التي حملته وولدته ، إلا أنه ليس غريباً تماماً عن المرأة صاحبة البويضة . فالنطفة على كل حال ـ هي بداية خلق الإنسان . يستوى في ذلك النطفة المذكرة (الحيوانات المنوية) أو

---

(١) راجع في ذلك : عبد المهيمن بكر سالم، المرجع السابق، ص ١٦٥، والمراجع والأحكام التي أشار إليها.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

النطفة المؤنثة (البويضة) . يقول القرآن الكريم : ﴿ **يأيها الناس إن كنتم في ريب من البعث فإنا خلقناكم من تراب ثم من نطفة . . .** ﴾[1] فالمرأة صاحبة البويضة إن لم تكن أمه شرعاً وقانوناً ، فهي ليست منقطعة الصلة به تماماً . وإذا لم تكن « أماً » فهي أنها ليست « أجنبية » تماماً عن الطفل ، فما هي إذن علاقته بها على وجه التحديد ؟ وكيف تحدد العلاقة بين الطفل وبينها ، وبين الطفل وبين أبنائها ، وبين الطفل وبين أصولها ؟ لا ريب في أن الإجابة على هذه التساؤلات جميعاً تتوقف على تحديد علاقة الطفل بالمرأة صاحبة البويضة .

يبدو أن الرأي الأصوب هو القول بعدم اعتبار العلاقة الموجودة بين الولد وبين المرأة صاحبة البويضة ، ونفى - من ثم - وجود أي رابطة بينه وبينها ، واعتبارها أجنبية عنه تماماً . فالعلاقة قد وُجدت بداءة ، لكنه يجب إهدارها كلية وعدم اعتبارها . ويرجع السبب في ذلك إلى أن النطفة ، المذكرة والمؤنثة وإن كانت هذه بداية خلق الإنسان وأصله ، إلا أن مناط ذلك أن توضع النطفة حيث أمر الله سبحانه وتعالى أن توضع ، أي في حرث بينه وبين صاحب النطفة عقد ارتباط بزوجية شرعية يظلها القانون الطبيعي . فالحاجة الجنسية ، ومن ثم الإنجاب ، يجب أن تكون على الوجه الذي شرعه الله تعالى . وأباحه للإنسان ، وفي ذلك صيانة للأخلاق والأعراض وبعد عن انتهاك الحرمات .

في هذه الحدود ، وفيها فقط ، تكون النطفة هي أصل الإنسان . فالنطفة في ذاتها ، مؤنثة كانت أم مذكرة ، لا قيمة لها لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **الذي أحسن كل شيء خلقه وبدأ خلق الإنسان من طين ، ثم جعل نسله من سلالة من ماء مهين** ﴾[2] . وإنما تستمد قيمتها من الحرث الذي وُضعت فيه . فإن وُضعت موضعاً حلالاً ، أو حتى فيه شبهة للحل ، كانت - بحق -

---

(١) سورة الحج : آية رقم ٥ .

(٢) سورة السجدة ، آية ٧ ، ٨ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أصل الإنسان . . وبدايته ـ أما إذا انتُهكت بها الحرمات ، وشاع بها الفساد والآثام ، لم تكن أصلاً للإنسان ، ويجب ـ من هذة الناحية ـ إهدارها وعدم اعتبارها كلية . ولذلك حرم الإسلام الزنى وشدد على النهي عنه بقوله تعالى : « ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلاً » . فالنطفة في الحالتين ، الزواج والزنا ، واحدة لم تتغير . لكنها تكون أصلاً للإنسان ويُعترف بها لإسناد نسبه في الزواج [1] ، ولا يعترف بها وتهدر كلية في الزنا . الأمر الذي يؤكد أن مناط اعتباط النطفة أصلاً للإنسان هو وضعها في الموضع المحدد شرعاً . أما إذا لم توضع بالطريق التي أمر الله تعالى بها ، وجب إهدارها ، بل ومعاقبة المُتسبب في ذلك .

ولا ريب في أن البويضة الملقحة توضع ـ في الفرض الذي نحن بصدده ـ في حرث ليس بينه وبين صاحب النطفة علاقة حلال أو حتى فيها شبهة للحل . ولذلك يجب إهدارها ، كأصل للإنسان ، وعدم اعتبارها كلية . ومن ثم ، يكون الولد « أجنبي » تماماً عن المرأة صاحبة البويضة ، وكذلك بأصولها وفروعها ، وإن علوا أو نزلوا .

ويؤكد البعض هذا المعنى [2] ، ويرى أن عمل المرأة صاحبة البويضة « هدر » لا تترتب عليه أية أحكام . وأن هذه المرأة (صاحبة البويضة) لا تتجاوز أن تكون زوجة أب للطفل المولود . أما ما وراء ذلك من تعلق حرمة الرضاع بها وبأصولها وفروعها وحواشيها فأمر موهوم أكثر مما هو مظنون .

وإذا قلنا بإهدار العلاقة بين الولد والمرأة صاحبة البويضة ، فإنه لا يحرم عليه الزواج بها أو بأحد أصولها أو فروعها . يؤكد ذلك ، بالإضافة إلى ما سبق ، أن حرمة الزواج بالنساء ، تحريماً مؤبداً ، يكون لأحد أسباب ثلاثة [3] :

---

(١)ومما يؤكد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

(٢) الشيخ بدر المتولي عبد الباسط ، المقالة السابقة ، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ، ص ٤٨٦ .

(٣) أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ وما بعدها .
ـ يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ وما بعدها .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ـ القرابة أو النسب : وهي الصلة الناشئة عن قرابة الولادة .
المصاهرة : وهي الصلة الناشئة عن قرابة الزواج .
ـ الرضاع : وهي الصلة الناشئة عن إرضاع المرأة غير ولدها .

وهذا هو مذهب الشافعية والمالكية في أحد أقوالهم[1] . فالنبوّة التي تبنى عليها الأحكام هي النبوة الشرعية ، وهي منتقية في الفرض السابق . ولذلك لا يحل للولد أين يختي أو بأحد فروعها . أما الحنفية[2] ، وكذلك الحنابلة ، فقد ذهبوا إلى تحريم زواج الرجل من بنته من الزنا وكذلك تحرم الأم على ابنها من الزنا . فالبنت من الزنا هي جزء من الزاني ، فهي بنته حقيقة ، لكن لا ترثه ولا تجب نفقتها عليه . والأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى القول بتحريم المرأة صاحبة البويضة على الولد « نتاج » التلقيح الصناعي . وقد أخذ القانون الكويتي بالمذهب الحنفي من حيث تحريم الفرع من الزنا مهما نزل (م ١٥ أحوال شخصية) ، وأخذ بمذهب الشافعي فيما سواه[3] .

ثانياً : تحديد الأب في بعض الفروض

(٢٣٢) قد تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لمرض في رحمها مثلاً ، لكن مبيضها سليم قادر على التبويض ، فتأخذ منها بويضة ، ويتم تلقيحها بنطفة زوجها في وعاء اختبار ، ثم تزرع في رحم امرأة أخرى تبرعت بحملها لحساب الزوجة . وهو ما يسمى ، كما رأينا ، الحمل لحساب الغير .

---

(١) بداية المجتهد ، جزء ٢ ، ص ٢٩ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، جزء ٢ ، ص ٢٥٦ .

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي . وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أن التعبير بالشخص في المادة ١٥ يشمل بنت الزاني وابن الزانية على حد سواء . ويبدو أن القول بأن النص يشمل بنت الزانية هو تزيد لا داعي له . ذلك أن فائدة النص تبدو ، فقط ، بالنسبة للزاني حيث لا يلحقه نسب « ولد الزاني » أما الأم فيلحق بنسبها ابنها من الزنى ، ولذا فهي تحرم عليه ليس إعمالاً لنص المادة ١٥ ، وإنما لكونها أماً له تحرم عليه ، ويرثها ، ويجب عليها نفقته وهكذا . . .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

والقول ـ في هذا الفرض ـ بأن أم المولود هي التي حملته وولدته (المتبرعة بالحمل) يثير صعوبة عملية على قدر كبير من الأهمية بالنسبة لتحديد الأب الشرعي الذي ينسب له هذا « المولود » .

فهو ـ قطعاً ـ ليس زواج المتبرعة بالحمل لأن الولد ليس منه . وإذا كان الولد يستفيد من قرينة الأبوة إذا توافرت شروطها (في القانونين المصري والفرنسي فقط)[1] ، فيجب على الزوج إنكار نسبه ، ولا يجوز له قبول نسبه ما دام على يقين بأنه ليس منه لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **ادعوهم لآبائهم** ﴾[2] . ولا يتحقق ذلك إلا إذا امتنع كل رجل عن أن ينسب إلى نفسه ما ليس من صلبه . والأمر بنسبة المولود لأبيه يعني ، حتماً ، عدم نسبته لغيره ، أي عدم نسبته لزوج المرأة المتبرعة بالحمل في الفرض السابق .

لكن يجب على الزوج ألا يُقدم على الإنكار لمجرد شك عارض أو وهم طارىء أو إشاعة خبيثة فيجب أن يضع ـ دائماً ـ في اعتباره أن الإنكار يترتب عليه أكثر الضرر وأقبح العار بالزوجة والولد . فالزوجة ـ على أية حال ـ قد جاءت بالولد في فراشه ، وحال قيام زوجية صحيحة مشروعة بينهما . أما إذا جزم بأن امرأته خائنة ، وتجمعت لديه القرائن على أنها لوثت فراشه ، « فإن شريعة الإسلام لم ترض أن تدعه يربي من اعتقد أنه ليس بابن له ، ويورث من لا يرث في رأيه »[3] . وقد جعلت الشريعة الغراء مخرجاً من ذلك بما عرف في الفقه باسم « اللعان » .

وهو بالمقابل ـ قطعاً ـ زوج المرأة صاحبة البويضة . فالولد ـ حقيقة ـ من نطفته ، ومن ثم يجب أن يُنسب إليه . لكن العقبة الحقيقية تكمن في أن زوج المرأة صاحبة البويضة لا تربطه بالمرأة المتبرعة بالحمل (أم المولود في الرأي الذي نرجحه) زواج شرعي أو فاسد ، أو حتى رابطة فيها شبهة

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة رقم

(٢) سورة الأحزاب ، آية رقم ٥ .

(٣) يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ ، ٢١٥ .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

للحل . فالنسب لجهة الأب لا يثيب إلا بأحد أسباب ثلاثة : زواج صحيح أو فاسد ، الاتصال بالمرأة بناء على شبهة ، ومخالطة الرجل جاريته التي يملكها ملك يمين . ومن ثم ، لا مناص في هذه الحالة من القول بأن الولد ينسب لأمه فقط.

وتثور ذات الصعوبة أيضاً حتى في الرأي القائل بأن الأم هي صاحبة البويضة ، في الفرض الآتي : قد تكون الزوجة قادرة على الحمل ، ورحمها سليماً قابلاً لعلوق النطفة الأمشاج به : لكن مبيضها مستأصلاً أو معطلاً ، فتأخذ بويضة من امرأة أخرى تتبرع بها ، ويتم تلقيحها بنطفة زوج المرأة ذات المبيضة المستأصل أو المعطل ، ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة . فإذا قلنا إن الأم هي صاحبة البويضة ، فإنه يستحيل ـ هنا ـ شرعاً وقانوناً ـ نسبة الولد لأبيه الحقيقي ، وهو زوج المرأة التي حملت الطفل وولدته ، وذلك لعدم وجود علاقة حلال أو فيها شبهة للحل بين الزوج والأب الحقيقي ، والمرأة صاحبة البويضة ، ويُنسب الولد ـ هنا ـ أيضاً لأمه فقط . مع أن اعتبار المرأة المتبرعة بالحمل هي « الأم » يؤدي إلى نسبة الولد لها ولزوجها لأن الولد من صلبه بيقين .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الخاتمة

نستطيع ، الآن ، أن نقرر أن الإنجاب الصناعي هو بكل تأكيد « ثورة » ليس فقط علمية وطبية ، وإنما أيضاً ـ وربما بالدرجة الأولى ـ « اجتماعية » . ولعل أخطر ما في هذه الثورة أنها تمس ، عن قرب ـ الإنسان ـ طوال حياته ، بل وربما أيضاً بعد وفاته . وهي ، أي الثورة ، لا تمس الإنسان في ذاته كزراعة الأعضاء مثلاً ، وإنما تمس ، بل تحدد ، وضعه الاجتماعي . يستوى في ذلك الطفل المولود أو الأبوين .

ويمكن القول ، بعد العرض السابق ، أن أهم مظاهر هذه الثورة ، بل وأخطرها ، تتلخص فيما يلي :

أولاً : تدخل « الغير » في الإنجاب الصناعي

لا ريب في أن الإنجاب الطبيعي كان ـ وما يزال ـ علاقة شخصية وخاصة جداً بين الزوجين . ويرجع ذلك ـ بداهة ـ إلى أن الإنجاب الطبيعي نتيجة طبيعية للاتصال الجنسي بين الزوجين . فالعلاقة الجنسية هي الوسيلة الوحيدة للإنجاب الطبيعي . وهي بحكم طبيعتها علاقة شخصية وخاصة بين الزوج وزوجته .

أما الإنجاب الصناعي فهو لا يتم ـ على الأقل في معظم وسائله ـ إلا بتدخل من قبل « الغير » الذي يُعتبر ، بحكم طبيعة الأمور ، أجنبياً عن الزوجين . وهكذا أصبح « الغير » يقوم بدور هام ولا غنى عنه في عملية الإنجاب الصناعي ، مع أن « الولد » ثمرة التلقيح الصناعي يُنسب ، أو يجب أن يُنسب ، للزوجين فقط .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ويختلف دور هـذا « الغير » من وسيلة لأخـرى من وسـائـل التلقيـح الصناعي . فقد يكون هذا الدور هو التبرع بنطفة مذكرة ، أو التبرع ببويضة مؤنثة ، أو التبرع بحمل البويضة الملقحة ، وهو ما يسمى بإيجار الرحم أو الحمل لحساب الغير .

ويُثير تدخل « الغير » في عملية الإنجاب الصناعي مشاكل وصعوبات كثيرة من الناحيتين القانونية والشرعية . ولعل أخطر هذه المشاكل هي تحديد موقف هذا « الغير » من الطفل المولود ، وما إذا كان يُعتبر بالنسبة له أجنبياً عنه تماماً أم أن له « نصيب » ـ إذا جاز التعبير ـ فيه .

ثانياً : ظهور طب الرغبة

يهدف الطب ، أساساً ، إلى علاج الحالات المرضية التي قد تُصيب الإنسان . ولذلك وُصفت مهنة الطب ، بحق ، بأنها مهنة إنسانية . وهي صفة أثرت إلى حد كبير في قواعد وسلوكيات الطبيب بوجه عام سواء من الناحية الأخلاقية أو من الناحية القانونية .

لكن باكتشاف الإنجاب الصناعي بوسائله المختلفة ، لم يعد دور الطب يقتصـر ـ فقط ـ على علاج الحـالات المرضيـة ، وإنمـا أصبـح ، أيضـاً ، الإستجـابة لـرغبات معينـة . وهكذا دخلت البشـرية ، عن طـريق التلقيـح الصناعي ، عصر طب « الرغبة » . إذ أن إجراء عملية تلقيح صناعي لا يهدف إلى علاج مرض معين بالمعنى الدقيق ، وإنما الإستجابة لرغبة الزوجين في الحصول على « ولد » وتحقيق أمنية عزيزة عليها .

وبالرغم من أن الرغبة في الحصول على « ولد » وتحقيق غريزة الأبوة والأمومة هي رغبـة مشروعـة تمامـاً في حد ذاتهـا ، إلا أن الصعوبـة ـ بل والخطورة ـ تكمن في أن الرغبة بطبيعتها لا حدود لها ، فضلاً عن أنها قد لا تتفق ـ في هذا الجانب أو ذاك ـ مع الشرع والقانون معاً .

وقد أثبت الواقع بالفعل مثل هذا « التخوف » . وهكذا تطورت رغبة الأفراد من مجرد تحقيق غريزة الأمومة والأبوة بالحصول على « ولد » ثمـرة

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

التلقيح الصناعي إلى الرغبة في الحصول على « جنس » معين ، ذكر أو أنثى حسب الأحوال . وتبدو خطورة الأمر في أن الاكتشافات الطبية والعلمية قد أثبتت بعض النجاحات في مجال التحكم في نوع أو جنس الجنين وهو ما يسمى بالإستصفاء ، أي اصطفاء ، أحد الجنسين على الآخر . بل وبلغت الرغبة مداها في تطلب مواصفات معينة في الطفل المولود بالسعي - طبياً - بإيجاد بدائل عن الوضع الأصلي في خصائص وخصال في الإنسان كانت ستظل معه لولا التدخل لاستبدال الذي هو خير بالذي هو أدنى حسب ما يتصور البعض! . الأمر الذي يُعتبر ، على الأقل في كثير من الحالات ، تبديلاً للفطرة التي فطر الله الناس عليها .

ثالثاً : تجزئة مدة الحمل

يُولد الطفل - بداهة - بعد فترة حمل تمتد ، عادة ، تسعة أشهر . وقد رأينا أن أقل مدة للحمل ، شرعاً وقانوناً ، هي ستة أشهر وأكثرها سنة كاملة (٣٦٥ يوماً) . ويبدأ الحمل من تاريخ الإخصاب ، أي من تاريخ التحام الحيوان المنوي بالبويضة المؤنثة في قناة فالوب . وينتهي الحمل سواء بتمام ولادة الطفل حياً ، أو سقوطه أو إسقاطه قبل اكتمال مدة الحمل ، أو بعد تمامها . ولا ريب في أن مدة الحمل ، أياً كانت ، تكون متصلة تبدأ ، كما قلنا ، بالإخصاب ، وتنتهي - عادة - بالوضع .

لكن هذه المدة المتصلة بطبيعتها ، أصبح من الممكن الآن ، بفضل التلقيح الصناعي ، تجزئتها على مرحلتين قد يفصل بينهما فاصلاً زمنياً قد يطول لشهور وربما لسنوات ! . فقد رأينا أن التلقيح خارج الرحم invitro في أنبوب اختبار يقتضي سحب بويضة مؤنثة من الزوجة ونطفة مذكرة من الزوج وإجراء التلقيح بينهما في أنبوب الاختبار . وبعد فترة زمنية معينة ، ١٥ يوماً عادة ، يُعاد زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة .

وقد كان زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة يتم مباشرة . بعد تمام عملية التلقيح في أنبوب الاختبار . لكنه بنجاح عملية تجميد البويضة

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الملقحة لمدة زمنية طويلة ، أمكن ـ عملاً ـ تأجيل عملية إعادة الزرع فترة زمنية قد تطول حسب رغبة الزوجين . وقد أدى ذلك عملا إلى « تجزئة » مدة الحمل إلى فترتين : فترة قبل زرع البويضة الملقحة ، وفترة أخرى بعد تمام عملية الزرع . وأمكن أيضا ـ وهنا تكمن الخطورة ـ الفصل من الناحية الزمنية بين المرحلتين ، أي تأجيل المرحلة الثانية مدة زمنية معينة حسب إرادة الزوجين . وهكذا قد يستغرق « مشروع » الإنجاب مدة سنتين مثلا رغم أن مدة الحمل الفعلية تبقى كما هي عادة ، أي تسعة أشهر[1] . ويرجع ذلك إلى أنه أصبح من الممكن الآن ـ بفضل الإنجاب الصناعي ـ تجزئة مدة الحمل .

وقد أدى إمكانية تجزئة مدة الحمل ، إلى خلق مشاكل عملية كثيرة لم تكن موجودة من قبل ، ولم يعرفها الإنجاب الطبيعي . إذ أن تجزئة مدة الحمل غير متصور إلا في ظل التلقيح الصناعي خارج الرحم invitro . وهكذا قد يتوفى الزوج مثلاً بعد إتمام عملية التلقيح وقبل إعادة زرع البويضة الملقحة في رحم زوجته ، أو أثناء فترة تجميد البويضة مدة زمنية معينة . إذ يثور التساؤل ـ حينئذ ـ عن مدى جواز الاستمرار في عملية إعادة الزرع . وحتى على فرض القول بجواز زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة بعد وفاة زوجها ، فقد تأتي الزوجة بالطفل بعد مرور سنة من تاريخ الوفاة ، الأمر الذي يُعرض الطفل لإنكار نسبه لأبيه (الزوج المتوفي) ، وحرمانه من الميراث في بعض الدول .

رابعاً : الفصل بين الإنجاب والإتصال الجنسي

كان الاتصال الجنسي ـ حتى وقت قريب ـ هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب ، فلا حمل ، ومن ثم لا إنجاب ، بدون اتصال جنسي بين

---

(١) فقد تتم عملية الإخصاب في أنبوب الاختبار في أول يناير ١٩٨٨ مثلاً ، وبعد تمام التلقيح لا تزرع البويضة مباشرة وإنما يُحتفظ بها عن طريق تجميدها بطريقة معينة لمدة ١٥ شهر مثلاً . ثم يُعاد زرعها بعد ذلك في رحم الزوجة ، فيولد الطفل بعد تسعة أشهر تقريباً أو أقل قليلاً، أي بعد ٢٤ شهراً تقريباً ، بالاضافة إلى ١٥ يوما مدة بقاء البويضة الملحقة في انبوب الاختبار.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

الزوجين . لكن الإنجاب الصناعي بكافة وسائله يقوم على استبعاد العلاقة الجنسية كوسيلة وحيدة للإنجاب ، والفصل بين الإنجاب من ناحية ، والعلاقة الجنسية من ناحية أخرى ، وسواء كان التلقيح الصناعي تلقيحاً داخلياً أم تلقيحاً خارجياً . فالإنجاب يتم ، في الحالتين ، دون اتصال جنسي .

والحقيقة أن هذا الفصل بين الإنجاب والعلاقة الجنسية قد أدى إلى « زعزعة » بعض القواعد المستقرة شرعاً وقانوناً . فالأم ، شرعاً وقانوناً ، هي التي حملت الجنين ووضعته . وهذه القاعدة تعتبر نتيجة طبيعية ، بل وحتمية ، لكون الإنجاب الطبيعي نتيجة للعلاقة الجنسية بين الزوجين . ولذلك كان طبيعياً ومنطقياً في الوقت نفسه أن يُعتبر الوضع قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على الأمومة . أما في ظل الفصل بين الإنجاب والعلاقة الجنسية ، فلم يعد الوضع أو الولادة قرينة قاطعة على الأمومة . إذ أصبح من الممكن ـ في ظل وسائل التلقيح الصناعي المختلفة ـ أن تكون البويضة من امرأة ، والتي تحمل وتضع الطفل امرأة أخرى ، وهي تسمى المرأة « الحاملة » Porteuse .

كما أن هذا الفصل بين الإنجاب والعلاقة الجنسية يعني ـ بالنسبة لمعظم وسائل التلقيح أن عملية التلقيح ذاتها تتم خارج الرحم في أنبوب اختبار . وقد جرت العادة على تلقيح أكثر من بويضة لاستخدامها في حالة فشل عملية الزرع الأولى . . . وهكذا . فإذا ما نجحت عملية إعادة زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة ، فقد يتبقى بعض البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة . الأمر الذي تثور معه مشكلة تحديد مصير هذه الأجنة من الناحيتين الشرعية والقانونية ، خصوصاً مدى جواز « إعدامها » والتخلص منها .

وقد أدت هذه المظاهر « الثورية » للإنجاب الصناعي إلى خلق كثير من المشكلات القانونية والشرعية والتي لم يعرفها الإنجاب الطبيعي . وهي مشكلات تحتاج ـ دون ريب ـ إلى حلول عملية تتفق مع الشرع والقانون معاً .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

والحقيقة أننا رأينا أنه من الأفضل أن تأتي هذه الحلول من خلال « بناء » نظام عام للإنجاب الصناعي بوسائله المختلفة يقوم على « أسس » محددة . وقد انتهينا ـ من خلال البحث ـ إلى أن **هذه الأسس تتلخص فيما يلي :**

١ ـ ضرورة وضع قيود على الرغبة في الإنجاب :

إذا كان الإنجاب الصناعي رغبة مشروعة من حيث المبدأ ، إلا أنه لا يجب أن يترك العنان لهذه الرغبة لتنطلق كما تشاء . وإذا كنا قد انتهينا إلى جواز تحقيق الرغبة في الإنجاب الصناعي شرعا وقانوناً بشروط محددة ، إلا أن الضرورة تُقدر بقدرها ، ومن ثم يجب أن يظل الهدف من وراء الإنجاب الصناعي هو فقط تحقيق الرغبة في الحصول على « ولد » . فالرغبة بطبيعتها لا حدود لها ، وقد تجرف صاحبها ـ إذا لم يُكبح جماحها ـ فتدمره ، بل وقد تدمر الأسرة بأكملها ، وهي نواة المجتمع ، إذا لم توضع في إطارها الصحيح .

ومن هنا ، قمنا بوضع تنظيم للإنجاب الصناعي بوجه عام ، نادينا من خلاله بضرورة التشدد في الإستجابة لرغبات الأفراد لتحقيق أمانيهم في الحصول على « ولد » . كما يجب عدم الإكتفاء بالقول ـ من حيث المبدأ ـ بالجواز أو التحريم ، وإنما يجب أن يمتد البصر ليرى ما يترتب على القول بالحل ، من نتائج عملية تبدو ، في كثير من الأحيان ، على جانب كبير من الخطورة .

وإذا كان التلقيح الصناعي ضرورة لا بديل عنها ـ في حالات معينة ـ لتحقيق الرغبة المشروعة في الإنجاب ، فيجب ـ منطقياً ـ أن يرتبط ، من حيث وجوده ، بهذا الهدف وبه وحده . وما التلقيح الصناعي ، بهذا المفهوم ، إلا وسيلة ترمى إلى إزالة آثار عدم القدرة على الإنجاب ، وتحقيق الرغبة المشروعة في « الولد » .

فإذا « حاد » التلقيح الصناعي عن هذا الهدف ، فإنه سيؤدي ، ليس

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

فقط إلى استغلال الرغبة في الإنجاب لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وإنما أيضاً إلى معاملة « الطفل » كالبضاعة الموصى عليها والتي يجب تسليمها بمواصفات معينة ! . وهو تصور غير مقبول أخلاقياً واجتماعياً . فالهدف من الإنجاب الصناعي ليس « إنتاج » طفل حسب مواصفات معينة بناء على طلب أو توصية ، وإنما فقط مكافحة آثار العقم والتغلب عليها .

٢ ـ مراعاة التدرج بين المصالح المتعارضة :

لا ريب في أن الإنجاب الصناعي تتنازعه مجموعة مصالح قد تبدو ، على الأقل في بعض الأحيان ، متعارضة . ويمكن القول إن المصالح الرئيسية التي تكون محل اعتبار بالنسبة للإنجاب الصناعي هي : مصلحة المجتمع بوجه عام ، مصلحة الطفل المولود ، ومصلحة الزوجين . وإذا كان للزوجين مصلحة في تحقيق رغبتهما في الحصول على « ولد » إلا أنه يجب ألا تذهب ـ في سبيل تحقيق هذه الرغبة ـ إلى حد التضحية بالمصالح الأخرى محل الاعتبار .

ونقطة « البداية » في بناء نظام قانوني للإنجاب الصناعي هي محاولة التوفيق بين المصالح محل الاعتبار ، فإذا استحال ذلك ، وجب التضحية ببعض هذه المصالح في سبيل المصالح الأخرى . ويقوم معيار التضحية على أساس مراعاة « التدرج » بين هذه المصالح المتعارضة . وتأتي مصلحة المجتمع في المرتبة الأولى . وتتمثل في مراعاة الحرمات التي أوجب الشارع الحكيم مراعاتها . وتهدف هذه الحرمات بوجه عام إلى حماية كيان الأسرة التي هي ـ بحق ـ نواة المجتمع كله . ثم تأتي بعد ذلك ـ في نظرنا ـ مصلحة الطفل المولود . إذ يجب أن نضمن له ـ من خلال القواعد التي نضعها ـ أن يحيا في ظل حياة أسرية هادئة ومستقرة دون أن نعرض مستقبله للخطر ، وقد يُصبح مصير الطفل ـ إذا لم نحافظ على مصلحته ـ غير مؤكد ، بل وقد يكون محلاً للنزاع . هذا فضلاً عن الآثار النفسية والاجتماعية التي قد تؤثر ـ حقيقة ـ على شخصية الطفل وعلاقته بالآخرين . بل وقد يجد الطفل نفسه غير مرغوب فيه من أحد ، وبدون نسب أو أسرة تحتضنه وترعاه . ثم تأتي في

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

النهاية مصلحة الزوجين في تحقيق رغبتهما في « الولد » . وهي ، لا شك ، رغبة طبيعية فضلاً عن أنها ـ من حيث المبدأ ـ مشروعة ، فإذا استحال تحقيق هذه الرغبة عن طريق الإنجاب الطبيعي ، كان من المنطقي أن يمد لهم المجتمع « يده » لمساعدتهم في تحقيق هذه الرغبة ، بشرط مراعاة المصالح الأخرى محل الاعتبار .

٣ ـ تحريم تدخل « الغير » في عملية الإنجاب الصناعي :

لا ريب في أن الاتصال الجنسي هو علاقة خاصة وشخصية بين الزوجين . ويحدث الإنجاب الطبيعي ، باعتباره ثمرة هذا الاتصال الجنسي ، نتيجة للإخصاب الداخلي الذي يتم بإلتقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة التقاء مباشراً داخل الرحم . فالإنجاب الطبيعي يتم إذن بدون تدخل من قبل « الغير » ، بل وبعيداً تماماً عن هذا « الغير » . وهكذا يجب أن يبقى الإنجاب الصناعي بمعزل عن تدخل « الغير » .

صحيح أن الإنجاب الصناعي يختلف عن الإنجاب الطبيعي من حيث وسيلة إيصال « ماء » الرجل إلى الموضع المناسب في مهبل المرأة أو رحمها : فهي الاتصال الجنسي في الإنجاب الطبيعي ، و« الحقن » في مهبل الزوجة أو الإخصاب في أنبوب اختبار في الإنجاب الصناعي حسب وسيلة التلقيح المتبعة داخلية كانت أم خارجية .

لكن فيما عدا هذا الفارق ، فيجب أن يبقى الإنجاب الصناعي قريباً من الإنجاب الطبيعي ، فلا يبتعد عنه ويظل محتفظاً بمعظم خصائصه ، وعلى الأخص عدم تدخل « الغير » من قريب أو من بعيد في عملية الإنجاب طبيعياً كان أم صناعياً . ولذلك كان طبيعياً أن ننتهي إلى تحريم تدخل « الغير » بأي صورة من الصور في الإنجاب الصناعي ، وإدانة كافة الوسائل التي تعتمد على « الغير » . يستوى أن يكون هذا « الغير » رجلاً تبرع بنطفته ، أو امرأة تبرعت ببويضتها ، أو تبرعت « بحمل » البيضة الملقحة عن الزوجين ، وتسليم الطفل لهما بعد ولادته .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

ولا شك أن تدخل « الغير » في عملية الإنجاب يزج الإنسان في دائرة الحيوانات ، ويُخرجه عن المستوى الإنساني : مستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها على أساس علاقة الزواج الشرعي . وتدخل هذا « الغير » في عملية الإنجاب يُعتبر ـ أياً كان دوره ـ مثل جريمة الزنا التي تُنتج ثمرة غير مشروعة في صورة طفل،فالعبرة بمشروعية عملية التلقيح والرحم المتلقي للبويضة الملقحة . ولذلك ، فلا بد من أن تتم بين طرفين بينهما علاقة زوجية قائمة ومشروعة دون تدخل طرف ثالث في أي صورة من الصور ، لافي عملية التلقيح ، ولا في عملية زرع البييضة الملقحة في الرحم . فرحم المرأة ليس كقدر الطبخ ننقل ما فيه من قدر إلى قدر ، كما أنه ليس مصنعاً ولا محضناً لتفريخ الأولاد ؟ إذ إن للفرج « حرمة » يجب ـ من ثم ـ عدم تدنيسه والحفاظ عليه .

٤ ـ حكم العقود التي تتعلق بالإنجاب الصناعي :

لا ريب في أن عملية الإنجاب الصناعي تقتضي ـ أياً كانت وسيلة ـ إبرام بعض العقود مثال ذلك : التبرع بنطفة مذكرة ، والتبرع ببويضة مؤنثة ، والتبرع بحمل بويضة ملقحة لحساب امرأة أخرى . . . وهكذا . وهي عقود تقتضي أن نبيّن حكمها من الناحية القانونية من حيث الصحة أو البطلان .

وقد رأينا أن بيان حكم هذه التصرفات من حيث الصحة أو البطلان يقتضي التفرقة بين أعمال التصرف التي ترد على جسم الإنسان أو « نتاجه » من ناحية ، وبين وضع جسم الإنسان تحت تصرف « الغير » من ناحية أخرى .

فالتبرع بنطفة مذكرة أو ببويضة مؤنثة يتعلق ، من حيث الصحة أو البطلان ، بحكم التصرفات التي ترد على جسم الإنسان أو « نتاجه » بوجه عام . ولا شك أن النطفة ، مذكرة كانت أم مؤنثة ليست عضواً في جسد الإنسان . فهي ليست « جزءاً » من جسم الإنسان حق يمكن اعتبارها عضواً فيه ، بل هي « نتاج » أو « ثمار » ـ إذا جاز التعبير ـ الجسد ذاته ، ومن ثم ، فهي ـ أي النطفة ـ لا تخضع لأحكام التصرف في أعضاء جسم الإنسان .

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

لكن إذا كان السائل المنوي يُعتبر أحد « نتاجات » جسم الإنسان كالشعر واللبن والدم وغير ذلك ، إلا أن أحكام التصرف فيه تختلف عن أحكام التصرف في « نتاج » جسم الإنسان بوجه عام ، ويرجع ذلك إلى « ذاتية » الغاية من استعمال النطفة البشرية مذكرة كانت أو مؤنثة . فالغاية من النطفة البشرية هي خلق الإنسان ذاته . إذ إن بداية خلق الإنسان هي اختلاط النطفة المذكرة بالبويضة المؤنثة وتكّون ـ من ثم ـ النطفة الأمشاج . ولا ريب في أن حكم « النتاج » ذو الوظيفة الجمالية ، كالشعر مثلاً ، يجب أن يختلف عن حكم التصرف في « النتاج » ذو الوظيفة الوراثية . فالسائل المنوي ليس شيئاً يدخل في دائرة التعامل ، بل هو « مُفرز » يتضمن « نواة » الحياة الإنسانية .

ومن ناحية أخرى ، فإن التصرف في النطفة البشرية لا ينصرف أثره فقط إلى طرفيه ، مثل التصرف في الدم مثلاً ، بل يتجاوز بآثاره الطرفين ، ويمس بالضرورة مستقبل إنسان ليس طرفاً في التصرف (الطفل) بل ولم يكن ليستطيع أن يكون طرفاً فيه لأنه ، ببساطة ، لم يكن قد « وُجد » بعد .

ولذلك انتهينا إلى القول ببطلان التصرف الوارد على النطفة البشرية إذا كان بغرض استخدامها في التلقيح الصناعي . إذ ليس لأحد ، كائناً من كان ، أن يتحكم في نسب إنسان بالإتفاق مع آخر . فالنسب رابطة سامية وصلة عظيمة ، لذلك لم يدعها الشارع الحكيم نهباً للعواطف والأهواء نهبها لمن نشاء ونمنعها عمن نشاء . ويرجع البطلان ـ هنا ـ إلى عدم مشروعية السبب . فالهدف من التبرع هو استخدام النطفة في إجراء تلقيح صناعي بين رجل وامرأة لا تربطهما علاقة زواج . ومن ثم ، فهو مخالف للنظام العام والآداب . فالطفل لا يجب أن يُنسب ، شرعاً وقانوناً ـ إلا لأبويه الحقيقيين . والتصرف في النطفة ، مذكرة أو مؤنثة ، يؤدي ـ بالضرورة ـ إلى نسبة الطفل لغير أبواه ، أو على الأقل لغير أحدهما .

أما بالنسبة للحمل لحساب « الغير » ، أي التبرع بحمل بييضة ملقحة لحساب امرأة أخرى ، فهو صورة من صور وضع الجسم الإنساني تحت

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

تصرف الغير . فالمرأة « الحاملة » تضع ـ في الحمل لحساب الغير ـ طاقاتها التناسلية تحت تصرف امرأة أخرى . فهو إذن استثمار واستغلال لجسم الإنسان ، وقد انتهينا إلى القول ببطلان مثل هذا التصرف لعدم مشروعية المحل من ناحية ، وعدم مشروعية السبب من ناحية أخرى . فجسم الإنسان لا يجب أن يكون محلاً للاستثمار والاستغلال للحصول على منفعة غير مشروعة . هذا بالإضافة إلى أن مثل هذا التصرف يحمل في طياته مخاطرة عديدة بالنسبة للطفل « محل » التصرف . إذ قد ترفض المرأة الحاملة « تسليم » الطفل للمرأة صاحبة البويضة ، وقد ترفض هذه الأخيرة تسلمه . وأخيراً ، فإن سبب التصرف وهو الحصول على « ولد » ونسبته إلى غير أمه الحقيقية هو ـ دون شك ـ سبب غير مشروع .

٥ ـ رابطة النسب بين المولود وبين أبويه :

يقوم النسب ، في كل من القوانين الكويتي والمصري والفرنسي ، على وجود رابطة حقيقية بين الطفل وأبويه (والده ووالدته) . فالنسب يجب أن يكون ـ بقدر الإمكان ـ انعكاساً للحقيقة حتى يكون النسب باعتباره رابطة قانونية متفقاً مع النسب باعتباره علاقة واقعية .

ويقوم هذا التصور لرابطة النسب على حقيقة مقتضاها أن الاتصال الجنسي هو الطريقة الوحيدة للإنجاب . وكان طبيعياً ـ في ظل هذا التصور ـ أن يفترض المشرع أن من تضع مولوداً هي أمه حقيقة لأنه تكوّن من « مائها » وجاء من أترابها . كما كان طبيعياً أيضاً أن يفترض أن « الحمل » الذي يحدث خلال الحياة الزوجية يُنسب للزوج وحده دون غيره .

لكن هذا التصور الذي أقيم عليه قواعد النسب قد انقلب رأساً على عقب بعد نجاح وانتشار الإنجاب الصناعي بوسائله المختلفة . فلم يعد الإنجاب « ثمرة » للاتصال الجنسي الحقيقي بين الزوجين فقط ، بل أصبح من الممكن ـ بفضل التلقيح الصناعي ـ أن يحدث الحمل دون اتصال جنسي ، بل وقد يحدث بتدخل من « الغير » . وقد ترتب على ذلك أن النسب لم يعد علاقة « ثلاثية » تربط كل من الأب والأم والطفل ، وإنما

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أصبحت موزعة على أربعة أشخاص : الزوجين ، الطفل و« الغير » . ومن هنا تبدو عدم ملاءمة بعض أحكام النسب الحالية بالنسبة لبعض الفروض في التلقيح الصناعي .

ولذلك يبدو من الملائم ، في نظرنا ، أن نُفسح المجال ـ ولو قليلاً ـ للمعيار الإرادي حتى يمكن استيعاب بعض الفروض التي « أفرزتها » الحياة العملية في ظل نجاح الإنجاب الصناعي ، . وبهذا المفهوم ، يجب اعتبار موافقة الزوج على تلقيح زوجتع تلقيحاً صناعياً إقراراً منه بنسب المولود له لا يجوز ـ من ثم ـ الرجوع فيه . الأمر الذي يحقق مصالح المولود والأم معاً .

تلك هي الأسس الجوهرية التي أقمنا عليها « هيكل » نظام الإنجاب الصناعي بوسائله المختلفة من الناحيتين الشرعية والقانونية . وهي أيضاً الأسس التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند تنظيم هذا الموضوع الخطير من الناحية التشريعية .

تم بعون الله

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

أهم المراجع المتخصصة

أولا: باللغة العربية:

١ ـ الكتب

١ ـ عبد الرشيد ممّون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

٢ ـ علي محمد يوسف المحمدي، ثبوت النسب، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة ـ جامعة قطر، ١٩٨٣.

٣ ـ شفيق عبد الملك، تكوين الجنين، الطبعة الثانية، ١٩٧٩.

٤ ـ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الطبعة الثالثة، المملكة العربية السعودية، ١٩٨١.

٥ ـ محمد سلام مدكور، الجنين والاحكام المتعلقة به في الفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٦٩.

٦ ـ محمد سيف الدين السباعي، الاجهاض بين الفقه والطب والقانون، الطبعة الأولى، ١٩٧٧م.

٧ ـ محمد متولي الشعراوي، الفتاوي، أعده وقدم له وعلق عليه د. السيد الجميلي.

٨ ـ محمود شلتوت، الفتاوي، ١٩٥٩.

٩ ـ يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الاسلام، الطبعة ١٤، ١٩٨٠.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

٢ ـ المقالات

١ ـ أحمد شرف الدين، حكم الاستنجاب في الشريعة والقانون، نشرة الطب الإسلامي، أعمال المؤتمر العالمي الرابع عن الطب الإسلامي، جزءه، الكويت ١٩٨٦.

٢ ـ أحمد شوقي ابراهيم، متى بدأت حياة الانسان، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥.

٣ ـ بدر المتولي عبد الباسط، بداية الحياة الانسانية، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥.

ـ آراء في التلقيح الصناعي، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٣.

٤ ـ حسان حتحوت، الاجهاض في الدين والطب والقانون، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصر، ١٩٨٥.

ـ حق اطلاع الجنس على عودة الجنس الآخر في الممارسة الطبية، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٣.

٥ ـ حسن الشاذلي حق الجنين في الحياة في الشريعة الاسلامية، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٣.

٦ ـ عبدالله باسلامة، الحياة الانسانية داخل الرحم، بدايتها ونهايتها، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة ندوة بداية الانسان ونهايتها، ١٩٨٥م.

٧ ـ عبد الستار أبو غدة، مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٣.

٨ ـ علي طنطاوي، آراء في التلقيح الصناعي، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٣.

٩ ـ ماهر حتحوت بنوك الحليب البشري المختلط، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٣.

١٠ ـ عبد القادر بن محمد العماوي، بداية الحياة، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

١١ ـ صالح موسى شرف، بدء حياة الانسان في ضوء القرآن الكريم، والسنة النبوية، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥.

١٢ ـ محمد مختار السلامي، الحياة الانسانية: بدايتها، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥.

١٣ ـ محمد عبد الجواد، الطبيب المسلم بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الاسلامية، نشرة الطب الاسلامي العدد الرابع، أعمال المؤتمر العالمي الرابع عن الطب الاسلامي، جزءه، الكويت، ١٩٨٦م.

١٤ ـ محمد سليمان الأشقر، نظرة في حديث ابن مسعود، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥.

١٥ ـ محمد نعيم ياسين، بداية الحياة الانسانية ونهايتها في ضوء النصوص الشرعية واجتهادات علماء المسلمين، مجلة الشريعة والدرسات الاسلامية، السنة الثانية، العدد الرابع، ١٩٨٥.

ـ الاجهاض بين القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، ١٩٨٥.

١٦ ـ مصطفى الزرقا، التلقيح الصناعي وأطفال الانابيب والرأي الشرعي فيها المجمع الفقهي بمكة المكرمة، الدورة الثالثة، ١٩٨٠.

١٧ ـ هاشم جميل عبد الله، زراعة الاجنة في ضوء الشريعة الاسلامية، مجلة الرسالة الاسلامية، بغداد ١٩٨٩.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

١ ـ الكتب

1. **Ancel,** L'indisponibilité des droits de la personne: une approche critique de la théorie des droits de la personnailté, thése Dijon, 1978.
2. **Baudouin (J.L.) et Riou (C.L.),** Produire de l'homme, de quel droit? P.U.F., 1987.
3. **Chabas (F.),** Le corps humain et le droit, D., 1977.
4. **David (D.),** L'insémination artificielle humaine, un nouveau mode de procréation, éd. E.S.F., 1984.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

5. **Decoq (A.),** essai d'une théorie générale des droits sur la personne, L.G.D.J., 1960.
6. **dommages,** Le corps humain dans le commerce Juridique, Thése Paris, 1975.
7. **Dufresne (J.),** La reproduction humaine industrialisée, 1986.
8. **Josserand, (L.),** La personne humaine dans le commerce Juridique, D.H., 1932.
9. **Frydman,** L'irrésistible désir de naissance, éd P.U.F., 1986.
10. **Keyserlingk (E.),** The unborn child's right to prenatal care, Montréal, 1984.
11. **Manuel (C.) et Czyba (J.C.),** Aspects psychologiques de l'insémination artificielle, 1983.
12. **Mayrand,** L'inviolabilité de la personne humaine, 1975.
13. **Memeteau (G.),** Le droit médical, 4, Jurisprudence française, 1985.
14. **Panneau (J.),** Faute et erreus en matiére de responsabilité médicale, thése Pasris, 1973.
15. **Robert (J.),** Le droit à la vie et le commencement de la vie éd. Y. Blais, 1986.
16. **Terras (Y.),** L'homo-insemination dans le traitement de la sterilité conjugal, thése Nantes, 1974.
17. **Terrè (F.),** L'enfant de l'esclave, éd. flam. 1987.

٢ ـ المقالات

1. **Atias (C.),** Le Contrat de substitution de mère, D, 1986.
2. **Atias (P.),** La situation Juridique de l'enfant conçu, in Biologie morale et Droit, 1986.
3. **Berrard (A.),** Le corps humain, objet du contrat, in Bioéthique et Droit, 1988.
4. **Besserve,** Quelques difficultés soulevées par le contrat médicale J.C.P., 1956.
5. **Cohen (J.),** Aspects éthiques de la fecondation in vitro, in Génitique, procreation et droit, 1985.
6. **Dauchy (P.),** Le statut Juridique de l'embryon, in Bioéthique et Droit, 1988.
7. **Defossez (F.D.),** Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administrative et Judiciaaires, D. 1986.
8. **Devichi (J.R.),** Les procrèations assistées: état des questions, Rev. trim. dr. civ., 1987.
   - La gestation pour le Compte d'autrui, D. 1985.
   - Congélation d'embryons, fecondation in vitro, mére de substitution: point de vue du Juriste in Génétique, procréation et droit, 1985.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

9. **Drai (R.),** L'embryon, personne potentielle? Implications Juridiques énoncés thélogiques in Bioethique et Droit, 1988.
10. **Duprat (J.P.),** Information et Consentement eclairé du sujet, Rev. dr saint., 1982.
11. **Durand (J.P.),** Le point de vue catholique, in Bioéthique et Droit, 1988.
12. **Eldine (H.),** Les prélévement d'organe, commentaire de la loi du 22 déc. 1976.
13. **Gobert,** Les incidences juridiques de progrés des sciences biologiques et medicales, in Génétique, procréation et Droit, 1985.
14. **Harichaux,** L'assurance maternité ét la maternité par substitution, Rev. trim. dr. san. et soc., 1985.
15. **Hermitte (M.A.),** Le corps hors du commerce, hors du marché, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1988.
    - Le droit civil du contrat d'expérimentation in Expérimentation biomédicale et droit de l'droit de l'homme, P.U.F., 1988.
16. **JACK (A.),** Les conventions relatives à la personne physique, Rev. Crit. leg. Juris., 1933.
17. **Kayser (P.),** Les limites morales et Juridiques de la procréations artificielle, D., 1987.
    - Les droits de la personnalité, actes théoriques et pratiques, Rev. trim. dr. Civ., 1971.
18. **Leenhardt (F.J.),** Reflections sur l'insemination artificielle, in Bioéthique et droit, 1988.
19. **Mazen (N.),** Reflections Juridiques sur le materiel génetique de l'homme, in Bioéthique et Droit, 1988.
    - L'insemination artrificielle: une realité ignorée par le lègislateur, J.C.P., 1978.
20. **Maniatis (A.K.),** Le consentement libre et informé: le point de vue d'un specialiste du cancer, in Experimentation, 1988.
21. **Mariner (W.K.),** La reglementation de la recherche biomédicale aux Etats-Unis, le cas de l'expériméntation sur L'embryon in expérimentation, 1988.
22. **Mémeteau (G.),** Le premier avis du comité consultatif national d'éthique, J.C.P., 1985.
    - Le prélévement à des fins thérapeutiques sur le foetus de lege ferenda, Gaz. Pal., 1978.
23. **Merger (R.),** L'inseminatin artificielle, J.C.P., 1957.
24. **Nerson,** L'influence de la biologie et de la medcine moderne sur le droit civil, Rev. trim. dr. Civ., 1970.
25. **Rassat (M.L.),** Le statut Juridique du placenta humain, J.C.P., 1977.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

26. **Raymond (G.),** La procréation artificielle et le droit français. J.C.P., 1983.

27. **Sériaux (A.),** La procrèation artificielle sans artifices: illicieté et responsabilite, D., 1988.
- Droit natural et procréation artificielle, quelle Jurisprudence, D. 1985.

28. **Thery (R.),** La condition Juridique de l'embryon et foetus, D. 1982.

https://www.facebook.com/fayoumlaw2020