الحماية القانونية لتجميد الأجنة المخصبة "دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية"

Legal Protection of the Freezing of fertilized Embryos (A comparative study of the provisions of Islamic Law)

م.د. ثامر داود عبود الشافعي [١]
L. Dr. Thamir D. A. AL-Shafie
م. صالح كحيط[٢]
L. Salih Igheit

الملخص

يعد موضوع الحماية القانونية لتجميد الأجنة من الموضوعات التي أثارت اهتمام فقه القانون المقارن، فضلا عن الفقه الإسلامي، وجانب من التشريعات، لما يحويه من أهمية واقعية، كونه يمس اهم العلاقات الاجتماعية وهو نظام الأسرة البشرية، وهو في ذلك يمثل محورا مهما من محاور التطور التكنلوجي والعلمي، على مستوى الإفادة من التقدم المعرفي والطبي في حفظ وتجميد الأجنة، فلابد من معرفة ماهية التجميد وتكييفه القانوني، كما لابد من بحث مشروعية عملية التجميد هذه للتأكد من سلامتها من الناحية القانونية والشرعية، وهذا ما سنتصدى لدراسته في هذا البحث من خلال مطلبين وحسب التفصيل الاتي:.

Abstract

The subject of fetus freezing protection is an essential subject that excites concerning of comparative legal thinkers, in addition of the Islamic legislation, as well as of legislation.that it contains actual importance

---

١- كلية القانون / جامعة كربلاء.
٢- كلية القانون / جامعة اهل البيت -عليهم السلام-.

relates with the social relations which is named the human's family system. It represents an important exile of the medical and awareness technology in reserving fetuses,so it is necessary to know the law situation and the legitimacy of this operation.this is we try to search about.

المقدمة:

إذا كانت غالبية صور الاخصاب اللاحق تعتمد على الاستعانة بالأجنة المخصبة والمحفوظة في احدى مراكز الحفظ او الإخصاب. فان مما لاشك فيه إن مسالة تجميد البذرة التناسلية،لاسيما الأجنة باتت من الأمور التي اثارت اشكاليات عدة وفي مختلف الصعد القانونية منها والشرعية والاجتماعية،وتحديداً مسالة جواز عملية التجميد، بغض النظر عن مسالة جواز الاخصاب اللاحق،وما يخص الضوابط التي يضعها الفقه وتنص عليه التشريعات فيما يخص التجميد،سواء من حيث المدة او الشروط او الغرض و الوسيلة او غير ذلك.

وقد تنجم عن عملية التجميد حصول فائض في الاجنة ما يثير اشكاليات بخص التصرف فيها بالهبة او اجراء التجارب عليه او حتى اتلافها.

وعموماً فأننا سنقسم هذا البحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم تجميد البذرة التناسلية، ونخصص المطلب الثاني لبيان مشروعية اجراء عملية التجميد على الاجنة المخصبة

المطلب الاول: مفهوم تجميد البذرة التناسلية

لا شك في إن تقنية التجميد[٣]وان كانت من مبتكرات الربع الاخير من القرن الماضي،إلا انها تعد من احدث التقنيات التي لاتزال طور التجارب والأبحاث وان قلنا بنجاحها في حفظ العديد من الاجنة فترة من الزمن التي تم اخصابها او زرعها فيما بعد،سواء في حياة الزوجين او بعد وفاة احدهما.

٣- ينتقد البعض ما درج عليه العديد من الباحثين والكتاب على اطلاق اصطلاح تجميد الاجنة،حيث يرى إن هذا اللفظ غير صحيح لان ما يجمد هو البويضة لا الجنين وهي لم تصبح جنينا بعد وإنما هي مشروع جنين،ويرى إن يستعيض عن تعبير(تجميد الاجنة الزائدة) بتعبير(تجميد البيضات الزائدة)،ينظر:د.حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي،مرجع سابق،ص ٤٤٥. ولا يتفق الباحث مع هذا الرأي ويرى إن التجميد لا ينصرف فعلاً الى البييضات غير المخصبة إلا ما ندر،كون مسالة تجميدها امرُ متعذر وان مسالة التجميد تكاد تقتصر عملياً على الحيامن والبيضات المخصبة(الاجنة).وان راي بعض الاطباء ان نسبة نجاح عملية تجميد البيضات في سائل معين يسمى(Liquid Nitrogen)هي أقل من نسبة نجاح تجميد الأجنة لأن هناك احتمال تلف الجينات أو الكر وموسومات بسبب احتمال تلف الهيكل المكوِّن لخلايا البويضة خلال عملية التجميد.ينظر،د.نجيب ليوس: أمور تتعلق بطفل الانابيب،مقال منشور على الرابط:

httpwww.islamweb.netfatwaindex.phppage=showfatwa&Option=FatwaId&Id=168673

ونشرت جريدة الأهرام العدد ٤٢٦٢٠ الصادر يوم الجمعة الموافق ١٧ من جمادى الآخرة ١٤٢٤هـ الموافق ١٥ أغسطس 2003م، الصفحة الأولى تحت عنوان "تجميد البويضات "حيث أعلنت شركة أمريكية للتكنولوجيا الحيوية أنها اقتربت من تطوير تقنية جديدة لتجميد البويضات البشرية غير المخصبة لسنوات طويلة ثم إعادة استخدامها في تحقيق الحمل وقت الطلب، وهذه التقنية تسمح للنساء بتأجيل الحمل عدة سنوات.وقالت الشركة: إن التقنية ستكون جاهزة للاستخدام العام في غضون سنوات قليلة بعد نجاح التجارب المعملية عليها.

ويثار التساؤل عن معنى الإخصاب واليته، فما هو التجميد؟ وكيف تتم؟ وما هي الآثار السلبية و الإيجابية المترتبة عليه؟ وما هي ضوابط التجميد ومدته؟ وما هو حكم الشرع والقانون في اجراء عملية التجميد؟

عليه فأننا سنقسم هذا المطلب على فرعين:

الأول: ماهية التجميد.

الثاني: تكييف عقد حفظ البذرة التناسلية

الفرع الأول: ماهية التجميد

إن التطرق الى مفهوم التجميد يتطلب منا تقسيم هذا الفرع على جملة من المحاور: الأول نتناول فيه إلى تعريف التجميد اولاً،وبيان اليته وتقييمه ثانياً، والتطرق الى ضوابطه ثالثاً. وهو ما سنتناوله تباعاً.

أولا: تعريف التجميد

يقرن الشراح تعريف التجميد[٤] بتعريف مراكز الحفظ[٥]ومن ثم فان تعريف هذه المراكز يحمل بطياته تعريفاً لعملية التجميد.

ومع ذلك فمن الشراح من يورد تعريفا لهذه العملية من خلال تعريفه للأجنة المجمدة،حيث يعرف الاخيرة بأنها" اجنة في مراحلها المبكرة او الاولى، يتم حفظها في ثلاجات خاصة في درجة حرارة معينة،وفي سوائل خاصة تحفظ حياته وتبقى على حالها دون نمو لحين الحاجة اليها وعند طلبها يتم اخراجها من الثلاجات المحفوظة بها ويسمح لها بالنمو[٦].ومنهم من يعرف هذه الاجنة بأنها"الاجنة الناتجة عن عملية اخصاب بين ببيضة انثوية وحيمن في ظروف معينة خزنت في بنوك خاصة يتم تنشيطها لاحقاً[٧].ومنهم من يعرفها بأنها"اجنة في مراحلها المبكرة الاولى تحفظ حياتها بحيث تبقى دون إن تنمو لحين الطلب فإذا جاء الطلب عليها اخرجت من الثلاجات الحافظة ويسمح لها بالنمو"[٨].

ويلاحظ على ما تقدم من التعاريف انها عرف الشيء بالشيء دون بيان تعريف دقيق وواضح لعملية التجميد.ونستطيع إن نضع تعريفا بسيطاً لعملية التجميد بأنها (عملية يتم من خلالها حفظ الحيامن والأجنة لفترة زمنية بموجب اتفاق خاص لقاء اجر معلوم بالاستعانة بثلاجات خاصة لهذا الغرض).

ومن خلال التعريف المتقدم يمكن ايراد خصائص عملية التجميد:

٤- التجميد: لغة: مصدر جمّد تجميداً، يقال جمد الماء السائل جمْداً وجمُوداً صلب ضد ذاب، فهو جامد وجمد، وجمد الماء والسائل أو شك أن يجمد.ينظر:الفيروز ابادي،القاموس المحيط،مادة(جمد)،ص٢٥٩.

٥- والتي يسميها غالبية الشراح ببنوك النطف والأجنة والتي رجحنا تسميتها بمراكز الحفظ.

٦- د.محمد علي البار طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي والرحم الظئر والأجنة المجمدة، ط ١،طبعة دار العلم بجدة، ١٤٠٧هـ،ص٨١.

٧- امير فرج يوسف،مرجع سابق، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي طبقاً للحائق العلمية والإحكام الشرعية و القانونية،دار الكتاب الحديث،٢٠١٢،،ص٥٥.

٨- الشيخ عرفان بن سليم العشا حسون الدمشقي، التلقيح وأطفال الانابيب وغرس الاعضاء البشرية بين الطب والدين:ط١،المطبعة العصرية – بيروت،٢٠٠٦م،ص٤٨.

انها لا تتم إلا بموجب اتفاق يسمى عقد التجميد وهو عقد خاص اختلف في تكييفه حسب ما سنوضحه لاحقاً.

يتضمن العقد حفظ الحيامن او الاجنة او كلاهما.

١. انه عقد ملزم للجانبين (المركز وصاحب الحيامن او الاجنة).
٢. انه عقد بمقابل مادي يحصل عليه المركز.
٣. انه عقد محدد بمدة يتفق عليه الطرفان او تحددها ظروف الحال (الوفاة او الفرقة الزوجية).

ويلاحظ أنَّ تاريخ التجميد مرتبط بتاريخ انشاء مراكز الحفظ والتي يرجعها البعض الى سبعينيات القرن الماضي او ثمانينياته على رأي اخر و حسب ما سبق وان اشرنا اليه [٩].

ثانيا: آلية التجميد وتقييمه

إن عملية التجميد تتم من خلال ثلاجات او غرف كيميائية صغيرة يستخدم فيها غاز النيتروجين السائل لغرض التبريد تحت درجة تتراوح بين ١٨٦- ٢٠٠ درجة مئوية تحت الصفر،ويتم الحفظ بواسطة تجميد الانسجة والخلايا تماما،حيث انه بتجميدها تقف التفاعلات الحيوية وعندما يراد الاستفادة من تلك الاجنة يسمح للأطباء بارتفاع درجات الحرارة تدريجياً فتعود التفاعلات الكيميائية مرة اخرى[١٠].

ويلاحظ إن للتجميد مزايا عدة وان اشتمل على مساوئ.فمن محاسنه انه يسمح بتخزين البيضات المخصبة لغرض استخدامها في عملية زرع اخرى في المستقبل،وهو يسمح،أيضاً، للطبيب باختيار اللحظة المناسبة طبياً لإجراء عملية الزرع لضمان فرص النجاح و العلوق،كما انه يسمح للزوجة،التي تخشى عقماً في المستقبل بان تحتفظ بإمكانية إن تصبح إماً في اليوم الذي تختاره [١١]،كما إن التجميد يجنب خطورة الحمل المتعدد والمشاكل والمثالب المترتبة على تناول العقاقير التي تنشط المبايض،كما انه يساعد الطبيب على حرية تحديد الوقت الذي يتم فيه اجراء عملية الاخصاب،ويستطيع الزوج عند فشل عملية الاخصاب الاولى الرجوع الى ذات الطبيب او المركز او لغيرهما لإجراء ذات العملية مرة ثانية وثالثة وهكذا دون أي تحمل لأعباء مالية جسيمة،الى غير ذلك من المزايا الاخرى[١٢].

إما المساوئ المترتبة على التجميد وان اشرنا فيما سبق لبعضها نعرض البعض الاخر ومنها الجانب الديني بما ساد فى معتقد البعض من إن الحمل اصبح امراً بيد الزوجين وقت ما يريدان،ومنها ما يتعلق بالجوانب الاخلاقية المتمثلة باحتمالية اصابة المولود،من اجنة او حيامن مجمدة،بإمراض وإعراض جانبية جراء هذه التقنية،ومنها قانونية تتمثل باحتمالية عدول احد الزوجين عن اجراء عملية الاخصاب او الزرع

٩- حيث يرى البعض إن تجميد الاجنة بدأ مع انشاء مركز الحفظ ام ١٩٧٦،ينظر:د.محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي- أحكامه القانونية وحدوده الشرعية،دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٨.

١٠- د. محمد المرسي زهره، الانجاب الصناعي،مرجع سابق،ص١٠٨.

١١- امير فرج يوسف، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص١٠٥-١٠٦.

١٢- في تفاصيل اكثر عن المزايا ينظر:د.حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي،دار النهضة العربية،٢٠٠٦ص٤٠٨-٤٠٩.د.احمد محمد لطفي،مرجع سابق،ص١٣٤ -١٣٦.د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سالم،٣٦٨ -٣٧١.

او وفاة احدهما او حصول الفرقة بينهما وما يستتبع ذلك ظهور ما يعرف بالأجنة الفائضة و من ظهور اشكاليات في تقرير مصيرها [١٣].

ثالثا: ضوابط التجميد

التجميد، كتقنية طبية، تخضع لضوابط معينة لابد منها للقول بمشروعيتها، عند من يرى ذلك، وان كانت هذه الضوابط في ذاتها ليست محلاً للاتفاق. وهذه الضوابط هي:

١. من حيث الأشخاص: حيث لابد إن يجري التجميد ببذرة تناسلية تعود للزوجين معاً وفي اثناء قيام الرابطة الزوجية،فإذا ما تم التجميد بعد انحلال هذه الرابطة، بالوفاة او الفرقة من طلاقٍ بائنٍ، فلا يجوز ذلك على خلاف سنوضحه لاحقاً.
٢. من حيث الغاية: حيث ينبغي إن يكون الهدف من التجميد علاجاً للعقم او التأخر عن الانجاب لا اجراء التجارب على البذرة التناسلية وتحسين النسل او اختيار جنس المولود.
٣. من حيث المدة: حيث لا ينبغي إن يكون التجميد مطلقاً او مؤبداً بل محددا بمدة معينة، وان اختلف فيها حيث حددها البعض كحد اقصى بعشر سنين، وعند البعض خمس سنوات وبعدها يجب التصرف فيها إما باستئناف نموها او التخلص منها[١٤].غير انه يجب اتلاف البذرة التناسلية، عند من يرى ذلك، عند وفاة احد الزوجين او كلاهما[١٥]. وهنالك من يذهب الى إن هذا المدة يجب إن تكون قصيرة لا تتجاوز السنتين مثلاً لكي لا يتعرض المولود لبعض الاثار السلبية التي قد يثبتها الطب نتيجة لتجميد البذرة التناسلية مدة طويلة من الزمن[١٦].وهنالك من يرى وجوب تقليل السقف الزمني للتجميد الى الحدود المعقولة او المناسبة مع عدم تجاوز اعادة زرع البذرة التناسلية لحين انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة او الفرقة[١٧]. ومنهم من اكتفى بالإشارة الى إن تكون المدة قصيرة دون بيان مقدارها[١٨].

١٣- د.فرج محمد محمد سالم،، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،ط١،مكتبة الوفاء القانونية- الاسكندرية،٢٠١٢،ص٣٧١-٣٧٢.

١٤- ينظر:د.شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية- القاهرة،٢٠٠١،ص١٣٨.

١٥- كما إن لجنة(Warnock) البريطانية قد حددت هذه المدة بعشر سنوات،بينما حددتها لجنة(Waller) الاسترالية بخمس سنوات قابلة للتجديد بناءاً على طلب الزوجين.وحددتها اللجنة الوطنية للأخلاق في فرنسا بعشر سنوات بالنسبة للأنسجة وخمس سنوات بالنسبة للأجنة يجب بعدها اهلاكها.ينظر:د.حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي،مرجع سابق،ص٤١١.بينما يرى البعض عدم منطقية تحدي مدة للحفظ وان يترك الامر للاصحاب القرار من الازواج و الاقارب عند وفاة الازواج لكنه يرى توقف هذا الحفظ عند وفاة الزوجة بعد وفاة زوجها او اصابتها بعاهة عقلية فلا يجوز الاستمرار بالحفظ او اجراء الاخصاب.ينظر: Carson Strong andHYPERLINK \l "aff-1"C:\search?author1=Jeffrey+R.+Gingrich&sortspec=date&submit=SubmitWilliam H. KuttehHYPERLINK \l "aff-3"3,Opo.Cit.

١٦- د.حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي،مرجع سابق،٤١١.

١٧- د.سعدي اسماعيل البرزنجي:المشاكل القانونية الناجمة عن تكلنوجيا الانجاب الجديدة،دار الكتب القانونية – مصر، ٢٠٠٩،٨١.

١٨- د.رضا عبد الحليم عبد المجيد النظام القانوني للإنجاب الصناعي، ط١،دار النهضة العربية،١٩٩٦، ص١٠٠.د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سابق،ص٣٩٢.

إما موقف التشريعات المقارنة،فنجد إن القانون التونسي حدد المدة القصوى لحفظ الامشاج (الحيامن او البييضات غير المخصبة) او الاجنة بخمس سنوات قابلة للتجديد لنفس المدة بطلب كتابي من الشخص المعني بالنسبة للأمشاج ومن الزوجين بالنسبة الى الاجنة وأوجب اتلاف هذه الامشاج او الاجنة عند ثبوت وفاة احد الزوجين المعنيين وأجاز لأحد الزوجين او كلاهما إن يطلب من المحكمة التي تنظر دعوى التفريق الحكم بإنهاء تجميد تلك الاجنة بمقتضى اذن على العريضة[١٩].اما القانون الاماراتي فانه وافق القانون التونسي بالنسبة لمدة حفظ الاجنة بما لا يتجاوز خمس سنوات إلا انه اختلف عنه فيما يخص الحيامن المجمدة حيث حددها بما لا يزيد على عشر سنوات [٢٠].ولم يتطرق المرسوم التنظيمي السوري الى مدة الحفظ.

الفرع الثاني: تكييف عقد حفظ البذرة التناسلية

اوضحنا فيما سبق إن التجميد يتم بموجب اتفاق اسميناه عقد الحفظ. وإذا ما كنا قد اوضحنا طبيعة عقد الاخصاب اللاحق، فان البحث في طبيعة عقد حفظ البذرة التناسلية لايقل اهمية لارتباط الوثيق بين الحفظ من جهة والإخصاب او الزرع اللاحق من جهة اخرى، خصوصاً إذا ما تبين لنا إن معظم التطبيقات العملية للإخصاب اللاحق تعتمد على عينة تناسلية محفوظة، سواء لدى مركز الاخصاب ام غيره، وقد يتداخل عقد الحفظ ضمن عقد الاخصاب اللاحق ما يجعل الاول بنداً ضمن الثاني.

وأمام تحديد هذه الطبيعة تثار تساؤلات عدة بخصوص طبيعة عقد الحفظ المبرم بين صاحب البذرة التناسلية من جهة ومركز الحفظ من جهة اخرى هل هو عقد وديعة ام عقد علاج ام عقد من نوع خاص؟

عموماً إن الفقه ينتابه اتجاهات ثلاثة بهذا الخصوص اولها يعد عقد الحفظ عقد وديعة، و الثاني يعده عقدا طبياً والثالث يعده عقداً من نوعٍ خاصٍ. وسنتناول كل هذه الاتجاهات الثلاثة كلا في جانب مستقل تباعاً.

اولا: عقد الحفظ عقد وديعة

ذهب بعض من فقهاء القانون،لاسيما الفرنسي،الى تكييف عقد الحفظ بأنه عقد وديعة مستندين في رأيهم الى قضية الارمله (كورين باربر) مارة الذكر[٢١]،مستندين في ذلك الى المادة (١٩١٥) من القانون المدني الفرنسي.وهو اتجاه بعض الفقهاء المصرين[٢٢].

١٩- ينظر:الفصل(١١) من قانون الطب الانجابي التونسي.

٢٠- ينظر:م (٢/١٣) من قانون ترخيص مراكز الاخصاب.

٢١- ينظر:.Robert J Lareveulation biloogie et Genetique face aux- R.D.C. 1948.P.1969

٢٢- حيث يرى د.محمد المرسي زهره في مؤلفه: الانجاب الصناعي،مرجع سابق،ص٢٠٦،إن التكييف الصحيح بخصوص طبيعة العقد المبرم بين المركز و الزوجين هو عقد وديعة حيث يلتزم المودع عنده إن يسلم الشيء المودع الى المودع بمجرد طلبه،وان هذا العقد ينتهي بموت المودع على اساس إن شخصيته محل اعتبار،ومن ثم يرى،فيما يخص قضية الارملة كورين باربر إن للزوجة إن تسترد الحيامن محل الوديعة إما باعتبارها ارملة المتوفى (صاحب الحيمن)او اعتبارها طرفا في عقد الوديعة.

وعموماً فا الوديعة تعرف بأن عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولا يتم إلا بالقبض"[٢٣].

ويلاحظ من خلال التعريف المتقدم إن ثمة اوجه للشبه وأخرى للاختلاف بين عقد الوديعة و عقد الحفظ وكما يلي:

أ- أوجه الشبه

- كلاهما يرتبان التزاماً على عاتق المودع عنده بالحفاظ على الشيء المودع.
- كلاهما يرتبان التزاماً على عاتق المودع عنده برد الشيء المودع عيناً عند انتهاء العقد او طلب المودع رد الشيء[٢٤].

ب- اوجه الاختلاف

- إن محل التسليم في عقد الوديعة يرد على اشياء مادية،وان اضفاء صفة الوديعة على البذرة التناسلية يعني ادخالها في عداد الاشياء التي يجوز التعامل فيها، وهو ما لا يمكن قبوله لتعارض ذلك مع خصوصية التركيب البيولوجي المودع فيها وكونها نتاج الانسان[٢٥].
- في حالة وفاة المودع فان الوديعة يستردها الورثة كلا حسب نصيبه من الارث، ويجوز للوارث التصرف فيها حسب ما يرتأى له في اطار القانون، كما إن الوديعة يمكن حجزها إذا ما كان المودع مدينا وكانت من الاموال الجائز حجزها قانوناً وللمودع عنده الامتناع عن تسليمها وحبسها إذا ما كان قد انفق عليها من ماله الخاص. لكن ما تقدم لا يمكن انطباقه على عقد الحفظ،حيث لا يمكن القول بأنه في حالة وفاة صاحبة البذرة فان ورثته سيتقاسمونها فيما بينهم على اساس الميراث وحسب الانصبة الشرعية ثم كيف ستدار هذه التركة بين الورثة او في حالة تعدد الزوجات وتنازعها على العينات المحفوظة او عدم كفايتها لحصص جميع الورثة؟[٢٦].
- هنالك من يرى إن الاعتبار الشخصي يلعب دوراً في قدر الوديعة، حيث إن شخصية المودع عنده تكون محل اعتبار في نظر المودع.في حين إن هذا الاعتبار لا يجد صداه في عقد الحفظ لأنها تقنية بيولوجية تتم من خلال مؤسسات متخصصة وبإشرافهم ومراقبة الدولة وتتداخل فيها عوامل عده منها طبية واقتصادية ما ينأى عنه من مسألة الاعتبار الشخصي لدى المودع عند اختياره للمودع عنده [٢٧].

٢٣- م (٩٥١) من القانون المدني العراقي يقابلها م (٧١٨) مدني مصري،م (١٩١٥) مدني فرنسي،م (٦٨٤) مدني سوري،م (٥٩٠) مدني جزائري.

٢٤- د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سابق،ص٣٩٤-٣٩٥.

٢٥- محمد المرسي زهره،الانجاب الصناعي،مرجع سابق،ص ٢٠٦.

٢٦- لتفاصيل اكثر ،ينظر:رائده محمد محمود النجماوي، عقد التلقيح الصناعي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة الموصل،٢٠١٢،ص٧٣.

٢٧- د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سابق،ص ٣٩٥- ٣٩٦.

وأمام ما تقدم لايؤيد الباحث هذا الاتجاه ويرى عدم انطباق عقد الوديعة على عقد الحفظ للخصوصية التي تتمتع بها البذرة التناسلية وكونها من منتجات وافرازات الجسم البشري ولما يترتب عليها من نتائج هامه في مقدمتها النسب وما يستتبعه من امور تتعلق بحرمه المصاهرة و النفقة والميراث،كما إن الغرض من الوديعة حفظ الشيء وانه ملزمة لجانب واحد بينما الغرض من عقد الحفظ التمهيد لإجراء عملية الاخصاب او الزرع اللاحق وانه ملزم لجانبين. وهو اتجاه العديد من الفقهاء والشراح [٢٨].

ثانيا: عقد الحفظ عقد علاج طبي

ذهب جانب من الفقه الى تكييف عقد الحفظ على انه عقد علاج طبي مستندين في ذلك الى قضية الارملة(كورين باربر)،مارة الذكر[٢٩]،ومعللين رأيهم إن افرازات الجسم البشري لا تكون بمثابة الاشياء وان الارملة اعلاه وان كانت زوجة المتوفى إلا انها لا ترث من جسمه لعدم جواز إن يكون جسم الانسان او نتاجه محلا لحق الملكية وإعمال قواعد الميراث،كما وان المركز المختص في حفظ الحيامن ليس بنكاً وإنما مركزٌ مختصٌ لحفظ البذرة التناسلية الذكرية لغرض العلاج الطبي،وبالتالي فهو عقد علاج طبي رضائي ملزم للجانبين ومن عقود المعاوضة غرضه العلاج وقائم على الاعتبار الشخصي[٣٠].ويضيف ان عملية الحفظ عملية طبية ومن الوسائل المستحدثة ويرى إن العقد بين الزوجين و بين البنك القائم بعملية الحفظ والتجميد للبذرة التناسلية هو عقد علاج طبي[٣١].

وإذا كنا سبق وان عرفنا العقد الطبي وأوضحنا خصائصه،فان ثمة اوجه شبه وأخرى اختلاف بين عقد العلاج وعقد الحفظ.

أ- اوجه الشبه

-كلاهما قائم على الاعتبار الشخصي لإطرافه.

-كلاهما يرد على جسم الانسان او منتجاته.

ب- اوجه الاختلاف

إن الالتزامات التي تقع على الطبيب في عقد العلاج تختلف عن التزامات المركز، حيث إن الاول يجب عليه مراعاة الاصول العلمية لمهنة الطب بفحص المريض ووصف العلاج وغير ذلك ممن أوضحناه مسبقاً، بينما يكون التزام الثاني باستلام العينات التناسلية من اصحابها وحفظها لهم [٣٢].

٢٨- منهم:د.عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة،مرجع سابق،ص١٤٣.د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سابق،ص٣٩٧.د.زينه غانم يونس العبيدي،عقد التلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص١٠١. محمد محمود النجماوي، عقد التلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص٧٣.

٢٩- حيث ان المدعى عليه في هذه القضية (مركز حفظ ودراسة السائل المنوي لمنطقة غرب فرنسا) قد دفع الى العقد المبرم بينه وبين زوج الارمله اقرب الى العقد الطبي.

٣٠- د.سعيد سعد عبد السلام:فكرة العقود المدنية الناشئة عن الانجاب الصناعي،القاهرة،٢٠٠٥،ص٨٣.

٣١- د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،ص٤٠٣.

٣٢- د.رضا عبد الحليم عبد المجيد،النظام القانوني للإنجاب الصناعي،مرجع سابق،ص٥٠٢.

ولا يؤيد الباحث هذا الاتجاه ويرى إن وصف عقد العلاج الطبي لا ينطبق على عقد الحفظ لما تقدم من اختلاف.

ثالثا: عقد الحفظ عقد من نوع خاص

ذهب جانب من الفقه الى وصف عقد الحفظ بأنه عقد من نوع خاص يختلف في موضوعه عن العقود الاخرى،فهم يرون انه عقد غير مسمى يخضع للقواعد العامه التي تحكم الاتفاقات و العادات التي تسري عليها المهن الحرة [٣٣].

ويذهب البعض الى الاقرار بالخصوصية والاستقلال عقد الحفظ عما سواه من العقود المسماة وغير المسماة،فهو لم يتصوره المشرع وقت وضعه للنصوص لأنه نتاج المستخدمات العلمية والطبية التي لا تكف عن الكشف عن كل ما هو جديد وفتح باب الامل لمن اغلقت امامه الابواب وليلقي على اكتاف القانونين اعباء اضافيه في البحث تشخيص لاستيعاب هذا الجديد في القوالب القانونية التقليدية،إما عقد الحفظ فهو لايختلط بعقد الوديعة ولا بعقد العلاج [٣٤].

ويؤيد الباحث اصحاب هذا الاتجاه ويرى إن عقد الحفظ هو عقد غير مسمى وهو عقد من نوع خاص يرد على البذرة التناسلية ويكون ملزماً للجانبين،حيث يقع على المركز باستلام البذرة التناسلية وإعداد انابيب خاصة واتخاذ الاجراءات اللازمة لحفظه فور تسليم هذه العينات وغالباً ما يحدد العقد طريقة التسليم وموعده ومكانه، وان يبذل في ذلك عناية خاصة تحتاج الى مختصين [٣٥]،والتزامه هو التزام بتحقيق نتيجة ويلتزم برد العينة محل الحفظ عيناً لصاحبها، كما ويلتزم صاحب البذرة بدفع مقابل للمركز يتم الاتفاق عليه مقدماً وعند عدم تحديده يصار الى اجر المثل حسب القواعد العامة، كما ويلتزم بدفع المصاريف الإضافية التي يتطلبها الحفظ.

٣٣- منهم: د.عبد الرشيد مأمون:عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية- القاهرة،بدون سنة طبع، ص١١٥. د.زينة انم العبيدي،عقد التلقيح الصناعي،ص١٠١.وكانت محكمة تولوز الابتدائية الفرنسية في حكمها الذي اصدرته في قضية الارملة (كورين بابرا) قد اخذت بهذا الرأي حيث انها حددت اطار طبيعة العقد المبرم بين المريض ومركز الحفظ بأنه لا يمكن إن يكون عقد وديعة بل نوع من العقود غير المسماة التي خلقها العمل والتي يجب إن تخضع للقواعد العامة في الالتزامات بجانب بعض الاحكام الخاصة بها.وهو ما انتهت اليه محكمة كريتي الفرنسية في حكم صادر لها عام ١٩٨٤ حيث اوضحت انه لايمكن اعتبار عقد الحفظ عقداً علاجياً بل هو عقد من نوع خاص لم ينظمه المشرع الفرنسي من قبل لعدم ظهوره حينها وهذه الخصوصية تستمد من محل العقد ومن الالتزامات الواقعة على عاتق اطرافه بل ومن الغرض الذي يبتغيه المريض من وراء ابرامه.ينظر:
Jacques Robert.op,cit, p1230.

٣٤- رائدة محمد محمود النجماوي،عقد التلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص٧٧.وينتقد البعض ايراد وصف (الطبيعة الخاصة) على عقد الحفظ ويرى إن الفقه القانوني درج بصفة عامه على انه عندما يتم الاخفاق في التقريب بين عقد من العقود الجديدة التي يقررها الواقع العملي الاجتماعي وبين احدى العقود المسماة او المتفق عليها يضفي على عليها صفة الطبيعة الخاصة دونما اجتهاد لإزالة الاختلافات التي واجهته في تسمية هذا العقد.ينظر:د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سابق،ص ٤٠١.

٣٥- د.سعيد سعد عبد السلام، فكرة العقود المدنية،مرجع سابق،ص١٢٣.

المطلب الثاني: مشروعية اجراء عملية التجميد على الاجنة المخصبة

اثارت مسالة تجميد البذرة التناسلية خلافا فقهيا بين مجيز ومانع وكلا له ادلته التي تدعم راية،وان هذا الخلاف نابع من الخلاف في مسالة اخرى مرتبطة بالتجميد إلا وهي انشاء مراكز الحفظ،وانعكس هذا الامر بالنسبة للتشريعات المقارنة العربية منها حول جواز انشاء مراكز الحفظ.

عليه فأننا سنقسم هذا المطلب على فرعين:الاول، نتناول فيه القائلون بمنع تجميد البذرة التناسلية، والثاني القائلون بجواز تجميد البذرة التناسلية.

الفرع الاول: القائلون بمنع تجميد الاجنة المخصبة

ذهب جمع من فقهاء المسلمين الى القول بمنع انشاء مراكز الحفظ والقيام بعملية التجميد[٣٦].و استدلوا برأيهم بجملة من الادلة التالية:

١. شيوع الرذيلة والفواحش والمنكرات واختلاط الانساب نتيجة انشاء مراكز للحفظ تخزن فيها البذور التناسلية وإقبال الناس عليها،لانعدام الرقابة المشددة على هذه المراكز،وهذا الاختلاط اما ان يكون على سبيل الخطأ او على سبيل العمد،وان الضرر المترتب على التجميد اعظم من الضرر المترتب على عدمه فيقدم الضرر الاشد على الاخف وذلك بإتلافها وفقاً لقاعدة سد الذرائع [٣٧].كما ويرافق التجميد تفشي الامراض وفتح الباب واسعاً امام الاتجار بالبشر،ومنها لجوء الارملة بعد وفاة زوجها الى اخصاب نفسها بحيمن زوجها المودع في حياته[٣٨].
٢. يؤدي التجميد الى تجزئة مدة الحمل الى فترتين الاولى سابقة على التجميد والثانية لاحقة عليه، وقد يتراخى الفاصل الزمني بين هاتين الفترتين الى حد يتجاوز معه اقصى مدة الحمل ما يؤثر في مشروعية الحمل ونسب المولود وهو امر غير مقبول اخلاقياً[٣٩].
٣. لا يزال في مرحلة التجارب،لان الطب وان نجح في اجراء التجميد لمدة من الزمن إلا انه لم يستطع تحديد الاثار الايجابية على وجه الدقة لحد الان ولم يستطع تحديد المخاطر المترتبة على استعمال بييضة مجمدة في الانجاب[٤٠].اضف الى ذلك ان التجميد من الناحية العملية سيؤدي التجميد الى تشوهات او اثار سلبية تحدث بالمولود،حيث اكدت الدراسات التي اجريت على بعض الحيوانات المولودة من اجنة مجمدة حصول ضمور بالنمو العقلي وتأثير على البلوغ وبالتالي القدرة في الانجاب[٤١].

٣٦- وهم بالغالب بعض القائلين بمنع الاخصاب اللاحق،ومنهم ايضاً:الاجوبة الفقهية الواضحة، طبقاً لفتاوى السيد محمد محمد صادق الصدر،جمع الشيخ رائد السعدي،ط١٤٢٣،١هـ-٢٠٠٢م،ص٣٢١.الشيخ سعد الشويخ،عضو هيئة التدريس بجامعة الامام محمد بن سعود، د.عبد الرشيد مأمون، د.هاشم جميل عبد الله.

٣٧- الشيخ سعد الشويخ،نقلاً عن:امير فرج يوسف، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص٦٦.

٣٨- د.عبد الرشيد مأمون:"هل تعرف بنوك المني وحكمها الشرعي"،مقال منشور على الموقع الالكتروني: http://www.almalhof.com/vb/printthread.php?t=15275.

٣٩- د.توفيق حسن فرج، التنظيم القانوني لطفل الانابيب،مرجع سابق،ص١٠٤.

٤٠- د.محمد المرسي زهره،الانجاب الصناعي،مرجع سابق،ص١١٠.

٤١- د.رضا عبد الحليم عبد المجيد،النظام القانوني للإنجاب الصناعي،مرجع سابق،ص٩٨.

وهذا هو اتجاه دار الافتاء المصرية[٤٢]،ومجمع الفقه الاسلامي[٤٣]، وهو اتجاه العديد من الاطباء الملتزمين بالفقه الاسلامي[٤٤].

كما إن بعض فقهاء القانون وشراحه يعارضون مسالة انشاء مراكز الحفظ او عملية التجميد لذات الاسباب اعلاه[٤٥]

علماً إن مؤتمر كلية الحقوق المنعقد في القاهرة عام ١٩٩٣ قد اشار في التوصية الخامسة منه الى حظر انشاء"بنوك لحفظ الخلايا التناسلية المذكرة والمؤنثة وتغلق هذه البنوك وتصادر محتوياتها [٤٦].

والباحث اذ يتفهم موجبات المنع يرى عدم الاتفاق مع هذا الاتجاه،ذلك إن ما ذكر من مخاطر الاتجار بالبذرة التناسلية وحصول الاختلاط بالأنساب وغيره انما يستقيم إذا لم توجد ضوابط صارمة ومحدده تفرضها الدولة على هذه المراكز او على عمليات التجميد من حيث الكيفية والمدة وحسب ما سنوضحه لاحقاً.

الفرع الثاني: القائلون بجواز اجراء عملية التجميد

ذهب البعض من رجال الفقه الاسلامي الى القول بجواز عملية تجميد البذرة التناسلية [٤٧].ومن خلال استقراء مجمل اراء يمكن القول إن اصحاب هذا الاتجاه استدل بالجواز بالأدلة التالية[٤٨]:

١. إن الاصل في حكم هذه المسالة الاباحة والقول بخلافها يقتضي الدليل وهو غير موجود.

٤٢- في الفتوى الصادرة عن الازهر في ٢٣-٣-١٩٨٠ والقاضية بعدم شرعية انشاء بنوك للأجنة باعتبار ذلك شر مستطير على نظام الاسرة ونذير خطر في التلاعب بالأنساب.ينظر مجموعة الفتاوى الصادرة عن الازهر الشريف، ص٧١.

٤٣- في مؤتمره السادس في الفترة من ١٤-٢٠(مارس)عام ١٩٩٠ الذي منع تجميد الاجنة.ينظر:مجلة مجمع الفقه الاسلامي،العدد ٣،مرجع سابق،ص٤٢٥.

٤٤- منهم: د.عبد الله بإسلامه استاذ ورئيس قسم امراض النساء والولادة بكلية الطب والعلوم الطبية –جامعة الملك عبد العزيز–السعودية في بحثه الموسوم:الرؤية الاسلامية لبعض الممارسات الطبية،من ضمن مطبوعات المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية،١٩٨٧.د.محمد علي البار،د.ناهدة البقصمي:الهندسة الوراثية والأخلاق، سلسلة عالم المعرفة، الكتاب – الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م، ص٨٣.

٤٥- منهم:امير فرج يوسف، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص٧١.د.شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص٢٧٢،د.حسني هيكل،النظام القانوني للإنجاب الصناعي،مرجع سابق،مرجع سابق،٤١٤.

٤٦- ينظر: توصيات مؤتمر الحقوق/جامعة القاهرة لسنة ١٩٩٣،مجلة اتحاد الجامعات العربية،العدد الرابع،سنة ١٩٩٦،ص١٨١.

٤٧- منهم: السيد علي السيستاني،موقع سماحته المشار اليه سابقا.السيد محمد فضل الله،استفاء لسماحته بتاريخ ٢٥ رجب ١٤٢٨هـ.الشيخ خليل الميس،استفتاء له بتاريخ ٢١ شباط ٢٠٠٨م، نقلاً عن:سناء عثمان الدبس،مرجع سابق،ص١٩٠،١٨٨.وكذلك: المشاركون في ندوة جمعية العلوم الطبية الاسلامية المنعقد في ك٢/ ١٩٩٢ من بينهم ابراهيم الكيلاني،د.علي الصوا،د.محمد بشير،د.محمد السرطاوي،د.محمد نعيم ياسين،د.عمر سلمان الاشقر، ينظر:قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية:مجلة صادره عن جمعية العلوم الطبية الاردنية- نقابة الاطباء الاردنيين،العدد(١)،السنة ١٤١٥هـ،ص١٤١.كذلك:عز الدين الخطيب،عبد الرحمن العدوي. كذلك:الشيخ محمد علي الحاج العاملي،مرجع سابق،ص١٥٣.د.عبد الله بن عبد الواحد الخميس الأستاذ بالدراسات العليا بكلية الشريعة بالرياض في بحثه: بنوك الحيامن والبيضات،منشور على الموقع الالكتروني:
.imamu.edu.saeventsconferencereseashePagesres2.aspx

٤٨- ينظر: د. فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سابق،٣٨١-٣٨٢.د.شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي،مرجع سابق،٢٣٠.

٢. إن تجميد الاجنة يحقق مقصداً من مقاصد الشريعة إلا وهو الحصول على النسل.
٣. يؤدي التجميد الى تخفيف الاعباء المادية والبدنية على الزوجين،لان عملية شفط البييضة هي عملية متعبة للمرأة ومكلفة مادياً.
٤. يتيح التجميد فرصة الانجاب لمن سيعاني مستقبلاً نتيجة تداخل جراحي باستخدام بعض العلاجات الكيماوية التي تؤدي الى قتل الحيامن عند كل من الرجل والمرأة او كالخشية من عدم الانجاب او الاصابة ببعض الامراض.

غير إن اصحاب هذا الاتجاه وضعوا شروطاً هي:

١. إن تكون عملية حفظ الاجنة والخلايا التناسلية في مراكز خاصة تقع تحت اشراف مباشر لجهة مركزية موثقة تعتمد اجراءات موثقة ومضمونه تكفل عدم اختلاط الانساب ويشرف عليها اشخاص ثقاة في دينهم وعلمهم(٤٩).
٢. إن يصدر قانوناً خاصاً ينظم عمل هذه المراكز،بحيث يترتب على كل من يتلاعب بهذه الاجنه والخلايا التناسلية عقوبات رادعه(٥٠).
٣. إلا تطول مدة الحفظ خشية وقوع الطلاق او الوفاة.
٤. إن يكون هنالك حاجة للحفظ وان يتم استخدام البذرة اثناء قيام الرابطة الزوجية.
٥. إن يتم الحفظ بطريقة يؤمن معها من اختلاط البذور التناسلية(٥١).

ويلاحظ إن غالبية فقهاء الامامية يرون جواز التجميد سواء القائلون منهم بالجواز المطلق للإخصاب اللاحق او المفصلون او حتى القائلون بالمنع(٥٢). كما وان مجمع الفقه الاسلامي بحث موضوع تجميد الاجنة في دورته الثالثة المنعقدة في عمان عام ١٩٨٦ حيث ظهر اتجاه اثناء المناقشة ينادي بضرورة اجازة التجميد واعتباره حقا للوالدين خصوصا عند فشل المحاولة الاولى حيث تعود المرأة لتجد بويضات جاهزة لمحاولة اخرى دون تكليف (٥٣).

٤٩- ينظر:مجلة قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية،المرجع السابق،ص١٤١.

٥٠- ينظر:عبد الناصر ابو البصل:عمليات حفظ الاجنة والخلايا التناسلية وإحكامها الشرعية،جامعة اليرموك،العدد (٤) في ١٤تشرين الاول ٢٠٠٠،ص١٣.

٥١- ينظر:رائده محمد محمود النجماوي، عقد التلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص٦١- ٦٢.

٥٢- اذ يرون جواز التجميد لغرض الاخصاب اثناء قيام العلاقة الزوجية منها ما جاء في فتوى السيد محمد فضل الله،المسائل الفقهيه،ج١،ط٩،بيروت،١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م،ص٢٧٠،مساله ١٨ "يجوز تجميد مني الرجل او بويضة المراة في البنك المخصص لهما على ان لا يستلزم ذلك فعلاً محرماً كالكشف المحرم على الطبيب بالنسبة الى المراة او اخراج المني بطريقة محرمة بالنسبة الى الرجل،ولا فرق في ذلك بين وجود ضرورة لذلك او عدم وجود ضرورة ولكن لا يجوز التلقيح إلا بين الزوجين". والفتوى الصادر من السيد صاق الشيرازي على موقعه المشار اليه سابقاً، بخصوص حكم التجميد التي جاء فيها" التجميد في نفسه جائز ما لم يستلزم محرَّماً، وأما استخدامه في عملية الإنجاب، فإن كان فيما بين الزوجين، فلا إشكال". فيه وهذا يعني ان الحكم الشرعي للتجميد يكون بمعزل عن المحرمات التي قد تصحب تجميد الحيامن والبيضات واستعمالها من قبيل النظر واللمس المحرمين.

٥٣- ينظر مجلة مجمع الفقه الاسلامي،العدد (٣)،مرجع سابق،ص٤٢٥.

ومن فقهاء القانون وشراحه[٥٤] من ذهب الى الجواز مستندين الى ذات الشروط التي وضعها الفقهاء المسلمون للجواز اعلاه يضاف اليها شروطاً اخرى اهمها:

١. إن تكون الاجنة المجمدة نتاج اخصاب حيمن الزوج ببيبضة الزوجة اثناء قيام الرابطة الزوجية.
٢. إن تكون مدة التجميد محدودة وقصيرة تفاديا للآثار السلبية للتجميد.
٣. إن يتم تعيين مصادر الاجنة وهوية اصحابها من الناحية البيولوجية بشكل لا يقبل الشك او الجهالة[٥٥].

كما إن اللجنة الاخلاقية التابعة الجمعية التخصيب الامريكي،من كبريات جمعيات التخصيب العالمية، اعتبرت ان تجميد الحيمن مقبولاً من الناحية الاخلاقية في حين انها امتنعت عن تقرير هذا الحكم بالنسبة للبويضات غير المخصبة لحين ثبوت نجاح تجميدها فعلاً[٥٦].

ويرى الباحث تأييد هذا الاتجاه والقول بجواز انشاء مراكز للحفظ والقيام بعملية التجميد إذا ما روعيت الضوابط والشروط التالية:

١. إن يكون مركز الحفظ حكومي او خاص لكن يخضع في عمله لمراقبة وإشراف وزارة الصحة او الجهات الحكومية الاخرى المعنية.
٢. إن تكون المعايير الموضوعة لغرض انشاء مراكز الحفظ او لغرض التجميد متوافقة مع مقاصد الشريعة والراجح من فتاوى المراجع وعلماء الدين،من حيث كون البذرة التناسلية مأخوذة من زوجين مستمرة علاقتهم الزوجية وغير منحلة بوفاة او فرقة وان يتم الحصول على رضاهم الكتابي بالتجميد مع تعهدهم باستمرار الحياة الزوجية حتى لحظة استرداد العينة او اجراء عملية الاخصاب.
٣. إن تكون مدة التجميد والحفظ قصيرة وملائمة للمعايير العالمية والتي نرجحها بما لايزيد على السنتين قابلة للتجديد مرة واحدة فقط بطلب كتابي من الزوجين معاً ودفعهم اجوراً جديد يتفق عليها مع المركز.
٤. على المركز اتلاف العينات محل الحفظ عند تحقق الحالات التالية:

أ- بطلب كتابي من الزوجين معاً قبل انتهاء مدة الحفظ.

ب- بعد انتهاء المدة بعد اشعار الزوجين بذلك خلال اسبوع وعدم حضورهما لبيان موقفهم من التجديد او استعادة البذرة محل الحفظ.

ت- عند تحقق احدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة او الفرقة.

٥٤- منهم:د.احمد لطفي،د.كارم السيد غنيم،د.فرج محمد محمد سالم،احمد الجابري،د.محمد المرسي زهره.ومن العراق:د.سعدي اسماعيل البرزنجي،مهند بنيان المفرجي،رائده محمد محمود النجماوي.يضاف اليهم الفقهاء القائلون بجواز الاخصاب اللاحق مطلقا ام المفصلون كون التجميد يدخل ضمناً في جواز العملية ومن ثم يعتبرون من اصحاب هذا الاتجاه.

٥٥- في تفاصيل هذه الشروط،ينظر:د.احمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي،مرجع سابق،ص١٤١- ١٤٣.د.سعدي اسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية،مرجع سابق،ص٨٥.

٥٦- نقلاً عن: د.سعدي اسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية،مرجع سابق،ص٨٦.

إما بالنسبة لموقف التشريعات العربية المقارنة[٥٧] فنجد إن القانون الاماراتي وان حضر انشاء مراكز الاجنة إلا انه اجاز لمراكز الاخصاب القيام بعملية التجميد [٥٨]،حيث اشار من بين المسائل التي تشتمل عليها تقنيات الانجاب المساعدة هي "تجميد البييضات والأجنة والحيوانات المنوية و استخدامها بعد ذلك "[٥٩]،إلا انه حدد مدة للحفظ لهذه الاجنة بما لا يزيد على خمس سنوات و للحيامن بما لايزيد على عشر سنوات بموافقة كتابية من الزوجين وأوجب اتلافها في حالة وفاة احد الزوجين او حصول الفرقة بينهما او بناء على طلب الزوجين[٦٠].

إما القانون التونسي فانه ايضاً اجاز اجراء عملية التجميد للحيامن اوالاجنة إلا انه اشترط إن يكون لإغراض علاجية بقصد مساعدة الزوجين على الانجاب وبموافقة كتابية منهما،وحدد مدة اقصى للتجميد بما لا يتجاوز خمس سنوات قابلة للتجديد بطلب كتابي من الزوجين،وأجاز لهما تقديم طلب كتابي لغرض اتلاف الحيامن والأجنة وأوجب على المركز انهاء التجميد بمجرد ثبوت وفاة احد الزوجين او بطلب من احد الزوجين عند نظر دعوى التفريق[٦١].

إما المرسوم التنظيمي السوري فانه لم يتطرق الى مسالة تجميد الحيامن او الاجنة سوى الاشارة فيما يتعلق بالشروط الفنية لافتتاح مراكز ووحدات الاخصاب المساعد حيث اوجب لجواز الترخيص للمركز إن تتضمن قاعة لحفظ الاغراس (الامشاج)[٦٢].وهذا برأينا نقصاً تشريعياً يضع سوريا من بين الدول التي افلت تنظيم مراكز الحفظ بالرغم من تنظيمها لمراكز الاخصاب،وهو ما دفع بالبعض الى تعليل هذا المسلك من إن المشرع السوري لا يرغب بالدخول في موضوع الاجنة المجمدة لما لهذا الموضوع من حساسية في تحديد الانساب والإرث وتوزيع التركات وبقي محافظاً على النصوص الشرعية الخاصة بهذه الموضوعات[٦٣].

إما في مصر فمع انعدام التنظيم التشريعي لمركز الاخصاب او الحفظ فذهب جمع من فقهاء القانون المصريين الى المناداة بضرورة التدخل التشريعي السريع لوضع الضوابط الشرعية و القانونية بما يتفق مع مبادئ وقواعد الشريعة الاسلامية والنظام العام والآداب العامة في مصر منعا لحدوث مشاكل اسرية واجتماعية مستقبلا وحفاظاً على الاسرة من التشتت والتفرق [٦٤].

٥٧- بينما اجازت التشريعات الغربية المقارنة التجميد بضوابط وشروط معينة،سواء التي حظرت الاخصاب اللاحق، كالتشريع الفرنسي،او التي جوزته،كالتشريع الاسباني واليوناني الذي نظم التجميد بالقانون ٢٠٠٥/٣٣٠٥ الخاص بتطبيق المساعدة على الإنجاب وحددت م(٧) منه مدة لحفظ البويضات والمبيض والأنسجة بخمس(٥)سنوات،و يمكن تمديدها لنفس المدة بطلب خطي مشترك من الزوجين أو شركاء للبنك الحفظ بالتبريد الى الجهات التي يحق للبنك الحفظ بالتبريد.

٥٨- ينظر م (٢٠) من قانون تراخيص مراكز الاخصاب الاماراتي.

٥٩- ينظر م (٨/٤) من قانون تراخيص مراكز الاخصاب الاماراتي.

٦٠- ينظر م (١٣/٥،٤،٣،٢) من قانون تراخيص مراكز الاخصاب الاماراتي.

٦١- ينظر:الفصل (١١) من قانون الطب الانجابي التونسي.

٦٢- ينظر:م (٢١/ثانيا/٢) من المرسوم التنظيمي السوري.

٦٣- امير فرج يوسف، مرجع سابق،ص٧٦.

٦٤- د.ممدوح خيري هاشم،الانجاب الصناعي في القانون المدني،مرجع سابق،ص١٥٧.د.فرج محمد محمد سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد،مرجع سابق،٣٨٦.

إما في العراق فلا يختلف الامر كثيراً عن مصر حيث لايوجد تشريع خاص ينظم عمل مراكز الاخصاب وبضمنها عملية التجميد،رغم صدور قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب[٦٥]،إلا انه خاص بهذا المعهد ولا يشمل باقي مراكز الاخصاب الاخرى المنتشرة في العراق [٦٦]،إلا ان الذي يراه الباحث انه لا مانع من انشاء مراكز حفظ او القيام بعملية التجميد تمهيداً لعملية الاخصاب في التشريع العراقي استناداً للقواعد العامة متى ما روعيت الضوابط والشروط التي حددناها سابقاً في تأييدنا لإجراء عملية التجميد.

الخاتمة

١. يرتبط بمسالة الاخصاب اللاحق عملية تجميد البذرة التناسلية التي تتم بموجب عقد حفظ،ونرى إن عقد الحفظ هذا هو عقد غير مسمى وهو عقد من نوع خاص يرد على البذرة التناسلية ويكون ملزماً للجانبين،حيث يقع على المركز باستلام البذرة التناسلية وإعداد انابيب خاصة واتخاذ الاجراءات اللازمة لحفظه فور تسليم هذه العينات وغالباً ما يحدد العقد طريقة التسليم و موعده ومكانه،وان يبذل في ذلك عناية خاصة تحتاج الى مختصين والتزامه هو التزام بتحقيق نتيجة ويلتزم برد العينة محل الحفظ عيناً لصاحبها، كما ويلتزم صاحب البذرة بدفع مقابل للمركز يتم الاتفاق عليه مقدماً وعند عدم تحديده يصار الى اجر المثل حسب القواعد العامة،كما ويلتزم بدفع المصاريف الاضافية التي يتطلبها الحفظ.

٢. إن الفقه والتشريعات المقارنة محل خلاف بخصوص جواز تجميد البذرة التناسلية بين من يرى ذلك ومن يحضرها،وان كنا نري جواز انشاء مراكز للحفظ والقيام بعملية التجميد بشرط إن يخضع في عمله لمراقبة وإشراف وزارة الصحة او الجهات الحكومية الاخرى المعنية و إن تكون المعايير الموضوعة لغرض انشائه متوافقة مع مقاصد الشريعة والراجح من فتاوى المراجع وعلماء الدين وإن تكون مدة التجميد والحفظ قصيرة وملائمة للمعايير العالمية والتي نرجحها بما لا يزيد على السنتين قابلة للتجديد مرة واحدة فقط بطلب كتابي من الزوجين معاً ودفعهم اجور جديده يتفق عليها مع المركز.

٦٥- الا ان هذا القانون ينظم عمل المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب التابع لجامعة النهرين احدى تشكيلات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ومن بين الاهداف التي يسعى المعهد لتحقيقها توفير الوسائل التشخيصية والعلاجية في مجال العقم وبأحدث الأساليب العلمية الحديثة وبما لا ينافي أحكام الشريعة الإسلامية والقيم الأخلاقية وبأجور مناسبة وجراء ألبحوث وتجميدها بما لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية و حق المرأة صاحبة البيضة و الرجل صاحب الحيامن مع الحفاظ على نسب الجنين لأبوي الشرعيين م(٢/ اولاً، سادساً).ومن بين اهم الاهداف التي يسعى هذا المعهد الى تحقيقها هي فتح مركز متخصص لتشخيص العقم و التقنيات المساعده على الانجاب يؤسس طبقا لأرقى المعايير العالمية في مجال اختصاصه ويضم في اروقته عيادة استشارية لتقديم الخدمات التشخيصية والعلاجية للمواطنين والوافدين،وشعبة للتقنيات المساعدة على الإنجاب تحتوي على صالة عمليات حديثة ومختبر مجهز بأحدث الأجهزة لتطوير تقنية الحقن ألمجهري وأطفال الأنابيب ولقيام بالبحوث العلمية النوعية في مجال الاخصاب الخارجي وتقنية الحقن ألمجهري و تجميد النطف و الأجنة ونقلها و معالجة ترقيق جدار الاجنة بالليزر، م (٣/اولاً،ثالثاً).

٦٦- رغم إن الضوابط والتعليمات والمواصفات الخاصة لإنشاء مراكز تخصصية لتشخيص وعلاج العقم وأطفال الانابيب الذي اقترحته اللجنة المشكلة بناءاً على الامر الوزاري المرقم (١٦٨٤٣) في ٢٠٠٨/١٠/١٩ والأمر الوزاري المرقم(١٧٥١٣)في ٢٠٠٨/١٠/٢٨ (مارة الذكر) لم تتطرق الى مسالة التجميد او مراكز الحفظ لا من الناحية الادارية او القانونية.

وان على المركز اتلاف العينات محل الحفظ إما بطلب كتابي من الزوجين معاً قبل انتهاء مدة الحفظ أو بعد انتهاء المدة بعد اشعار الزوجين بذلك خلال اسبوع وعدم حضورهما لبيان موقفهم من التجديد او استعادة البذرة محل الحفظ. أو عند تحقق احدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة او الفرقة.

٣. لا يمكننا اعتبار البيضة المخصبة قبل زرعها في الرحم كائناً بشرياً وألا ادى ذلك الى نتائج غير مقبولة لا شرعاً ولا قانوناً، منها عدم جواز اتلاف البيضة وألا عد اجهاضاً ووجوب زرعها حتى بعد وفاة احد الزوجين او كلاهما او حصول الفرقة بينهما،ونرى إن البيضة المخصبة داخل الرحم تعد جنيناً حيث لا يجوز إسقاطه ويعد الاعتداء عليه اجهاضاً.

التوصيات:

١. على المشرع العراقي أن يولي تنظيم حفظ الأجنة المخصبة اهتماما تشريعيا عاجلا، من خلال تشريع قانون خاص يعالج ما يشهده هذا الموضوع من حالة انتشار ملفت للانتباه تزامنا مع اتساع الحركة الطبية والتكنلوجيا في هذا المجال، وتزايد إنشاء المراكز التي تعنى بعملية حفظ الأجنة.

٢. على المشرع أن يستعين بأحكام الفقه الإسلامي في تنظيم أحكام حفظ الأجنة لما يحويه هذا الفقه من معالجات تأصيلية استدلالية يضمن الفرد من خلالها وجود التلاقي بين المسائل الشرعية والنصوص الوضعية، لان هذا الموضوع يمكن أن يكون مثاراً للجدل على مستوى إثبات النسب.

٣. نوصي المشرع العراقي باتخاذ كافة التدابير القانونية اللازمة لتوفير الضمانات الإجرائية والجزائية التي تكفل تنظيم هذا الموضوع لما يحمله من أهمية في نطاق الواقع من خلال تحديد التوصيفات القانونية للتصرفات التي تجري عليه.

٤. نتمنى على المشرع العراقي الإستعانة والاستفادة من التجارب التشريعية في الدول التي سبقتنا في هذا المجال، فحركة التطور الحاصلة في العالم أفرزت الكثير من النصوص التقدمية التي يمكن أن تكون عيّنة يطور المشرع بأحكامها بما ينسجم مع خصوصية المجتمع العراقي.

المصادر

١. د.محمد علي البار طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي والرحم الظئر والأجنة المجمدة، ط ١،طبعة دار العلم بجدة، ١٤٠٧هـ،.

٢. امير فرج يوسف،مرجع سابق، أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي طبقاً للحائق العلمية والإحكام الشرعية و القانونية،دار الكتاب الحديث،٢٠١٢.

٣. عرفان بن سليم العشا حسون الدمشقي، التلقيح وأطفال الانابيب وغرس الاعضاء البشرية بين الطب والدين:ط١،المطبعة العصرية — بيروت،٢٠٠٦م.

٤. د.محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي– أحكامه القانونية وحدوده الشرعية،دار النهضة العربية– القاهرة، ٢٠٠٨.

٥. د.حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي،دار النهضة العربية،٢٠٠٦.
٦. د.احمد محمد لطفي التلقيح الصناعي بين اقوال إلاطباء واراء الفقهاء،دار الفكر الجامعي – الاسكندرية،٢٠٠٦.
٧. د.فرج محمد محمد سالم،، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،ط١،مكتبة الوفاء القانونية– الاسكندرية،٢٠١٢.
٨. د.شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية– القاهرة،٢٠٠١.
٩. CarsonStrong andHYPERLINK \l "aff-1" C:\search?author1=Jeffrey+ R.+Gingrich&sortspec=date&submit=SubmitWilliam H. KuttehHYPERLINK \l "aff-3"3 " Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state",http: //humrep.oxfor dj ou rn al s.org /cgi / content /long.
١٠. د.سعدي اسماعيل البرزنجي:المشاكل القانونية الناجمة عن تكلنوجيا الانجاب الجديدة،دار الكتب القانونية – مصر، ٨١،٢٠٠٩.
١١. د.رضا عبد الحليم عبد المجيد النظام القانوني للإنجاب الصناعي، ط١،دار النهضة العربية،١٩٩٦.
١٢. ينظر: .Robert J Lareveulation biloogie et Genetique face aux- R.D.C. 1948.
١٣. رائده محمد محمود النجماوي، عقد التلقيح الصناعي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق– جامعة الموصل،٢٠١٢.
١٤. د.عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة،ط١،دار النهضة العربية–القاهرة، ٢٠٠١،
١٥. .د.زينه غانم يونس العبيدي، ارادة المريض في العقد الطبي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون– جامعة الموصل،٢٠٠٥م.
١٦. د.سعيد سعد عبد السلام:فكرة العقود المدنية الناشئة عن الانجاب الصناعي، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٧. د.عبد الرشيد مأمون:عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية– القاهرة،بدون سنة طبع.
١٨. Jacques Robert,J."Larevaulation biologie et Genetique face aux R.D.C. 2001.
١٩. الاجوبة الفقهية الواضحة، طبقاً لفتاوى السيد محمد محمد صادق الصدر،جمع الشيخ رائد السعدي،ط١٤٢٣،١هـ–٢٠٠٢م.
٢٠. د.عبد الرشيد مأمون:"هل تعرف بنوك المني وحكمها الشرعي"،مقال منشور على الموقع الالكتروني: http://www.almalhof.com/vb/printthread.php?t=15275
٢١. د.توفيق حسن فرج التنظيم القانوني لطفل الانابيب،ندوة الجمعية المصرية للطب والقانون عن طفل الانبوب، ١٩٨٥.

٢٢. د.ناهدة البقصمي:الهندسة الوراثية والأخلاق، سلسلة عالم المعرفة، الكتاب – الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣.
٢٣. سناء عثمان الدبس، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الاجهاض والتلقيح الصناعي،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية– لبنان، ٢٠١٠.
٢٤. د.عمر سلمان الاشقر، ينظر:قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية:مجلة صادره عن جمعية العلوم الطبية الاردنية– نقابة الاطباء الاردنيين،العدد(١)،السنة ١٤١٥هـ.
٢٥. العاملي،الشيخ محمد علي الحاج:الحكم الشرعي لزرع الخصية والمبيض،دار الضفة–بيروت،٢٠٠٩.
٢٦. د.عبد الله بن عبد الواحد الخميس الأستاذ بالدراسات العليا بكلية الشريعة بالرياض في بحثه: بنوك الحيامن والبيضات،منشور على الموقع الالكتروني:
.imamu.edu.saeventsconferencereseashePagesres2.aspx
٢٧. مجلة قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الاسلامية: صادره عن جمعية العلوم الطبية الاردنية– نقابة الاطباء الاردنيين،العدد (١)،السنة ١٤١٥هـ.
٢٨. عبد الناصر ابو البصل:عمليات حفظ الاجنة والخلايا التناسلية وإحكامها الشرعية،جامعة اليرموك،العدد (٤) في ١٤تشرين الاول ٢٠٠٠.
٢٩. السيد محمد فضل الله،المسائل الفقهيه،ج١،ط٩،بيروت،١٤٢٣هـ–٢٠٠٢.
٣٠. د.ممدوح خيري هاشم، الانجاب الصناعي في القانون المدني،اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق–جامعة الزقازيق، ١٩٩٦.

القوانين

١. القانون المدني الفرنسي لسنة٢٠٠٣.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
٣. مجلة الإلتزامات والعقود التونسية لسنة ١٩٠٦.
٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٥. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
٦. القانون المدني الاماراتي.
٧. القانون المدني الجزائري رقم ٥٨/٧٥ لسنة ١٩٧٥.
٨. قانون طب الانجاب التونسي بالعدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١ في ي ٧ أوت ٢٠٠١.
٩. القانون الاتحادي الاماراتي المرقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة.
القرار التنظيمي السوري ذي العدد٤٨/ت في ٢٠١١/١٢/٤ بخصوص مراكز ووحدات الإخصاب المساعد.