



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

عقد تأجير الرحم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
"دراسة مقارنة"

The uterus rent contract between Positive law and
Islamic law

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص
إعداد الطالبة:

آمال محمد خير المقداد

إشراف: أ. د فواز صالح

أستاذ في قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق

إشراف مشارك: د. غيداء المصري

أستاذ مساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله، كلية الشريعة، جامعة
دمشق

2019 م / 1438 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ لَمْ يَكُن شَيْئًا

مَّذْكُورًا ۝١ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِّنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ

فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝٢ إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا

شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا ۝٣ ﴾

{سورة الإنسان}

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم/2303/ م ب د تاريخ 2019/4/1 القاضي بتشكيل لجنة الحكم لمناقشة رسالة الدكتوراه في القانون الخاص للطالبة: آمال محمد خير المقداد.

بعنوان: عقد تأجير الرّحم في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي "دراسة مقارنة". وبعد المناقشة العلمية التي تمت بتاريخ 2019/5/19؛ نفيديكم علماً أنّ الطّالبة قد قامت بإجراء كافة التّعديلات وأخذت بجميع الملاحظات التي طلبتها اللجنة، ومن ثمّ يمكن طباعة الرّسالة بصيغتها النهائيّة، وعليه نوقع نحن أعضاء اللجنة:

الدكتور فواز صالح

الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة دمشق. عضواً مشرفاً

الدكتور زهير حرح

الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة دمشق. عضواً

الدكتور حمود غزال

الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة تشرين. عضواً

الدكتور حسان عوض

الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله بكلية الشريعة، جامعة دمشق. عضواً

الدكتور مؤيد زيدان

الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة دمشق. عضواً

الإهداء

إلى أمي ثم أمي ثم أمي

ليس فقط لأنك آويتني في رحمك الدافئ تسعة أشهر

و تعاركت مع الموت لتمنحني الحياة في ميدان المخاض

فكل الأمهات تفعلن ذلك...

إنما كنت منذ أنجبتني حتى آخر لحظة من حياتك أما عظيمة

أما علمتني حب الله، وحب الحياة، وحب الناس...

كيف استطعت أن تحيي كل شيء ويحبك كل شيء؟

رحمك الله يا من ينحني الحرف حباً وامتناناً لك..

وإلى أبي... الذي ذاق ألم الفراق ومرارته...

إلى من علمني الصبر والرضا بقضاء الله...

إليك أهدي عملي هذا علني أخفف عنك ألم فقدانك لفلذة كبدي ولرفيقة عمرك.

بارك الله في عمرك وأجراك في مصيبتك وعوضك خيراً...

وإلى إخوتي وأخواتي وأصدقائي الذين شاركوني عنائي وتعبي ووقفوا بجاني...

كلمة شكر وتقدير

اللهم لك الحمد حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، أحمداً ربّي أن يسرت لي إتمام هذا البحث على الوجه الذي أرجو أن ترضى عنه. ثم أتوجه بالشكر الجزيل إلى من رعاني طالبةً في مرحلة الدكتوراه، ومعدّة هذا البحث، والذي له الفضل، بعد الله تعالى، على الباحثة والبحث مذ كان عنواناً وفكرة إلى أن صار رسالةً وبجناً: الدكتور فوز صالح، أستاذ في قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق. له مني كل الشكر والعرفان..

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى: الدكتورة غيداء المصري، أستاذ مساعد في كلية الشريعة، جامعة دمشق، جزاها الله عني خيراً.

وكذلك أشكر كل من ساعدني في إتمام هذا البحث وقدم لي يد المساعدة وزودني بالمراجع والمعلومات اللازمة لإتمام هذا البحث، وأخص بالذكر:

د. وسيم سخيطة: مدير الشؤون القانونية لدى شركة سيناترا القابضة "Sinatra Holding" في دبي.

د. عبد الرزاق الخليل: موفد لصالح كلية الحقوق في جامعة "Virginia Tech" في فرنسا.

د. عمار مجبوح: يعمل لدى جامعة "Kings College London" في بريطانيا.

د. عمران كحيل: أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص جامعة دمشق.

د. نبيل المقداد: مدرس في قسم القانون الخاص جامعة دمشق.

د. محمود المقداد: أستاذ باللغة العربية جامعة دمشق.

أ. سميرة المقداد: مدرسة اللغة الانكليزية في مدارس الغد في المملكة العربية السعودية.

"قائمة الاختصارات"

أولاً_ باللغة الإنكليزية:

Re; Review.

P; page.

Id; idem.

STAT; state.

Cal; California.

Fla; Florida.

Mich; Michigan.

S; section.

§; section or number.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

Op.cit; Ouvrage précédemment cité.

N°; Numéro.(رقم)

Ass; Assemblée plénière.

JCP; Juris Classeur Périodique.

G.P; Gazette de Palais.

مقدمة



الحمد لله الذي خلق الإنسان بيديه ونفخ فيه من روحه وكرمه على سائر المخلوقات تكريماً، فلقد كرم الله تعالى الإنسان من لحظة خلقه وتكوينه ووهبه العقل البشري الذي بسببه ارتقى الإنسان عن باقي المخلوقات، كذلك عظم سبحانه وتعالى الزواج في الإسلام ووضعه في ميزان راقٍ بأن جعل العلاقة الزوجية سبيلاً للمودة والرحمة والسكن والتناسل، وجعل من ثمرة هذا الزواج زينة ثمينة وغالية على قلوب البشر، فقال الله عز وجل ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلاً﴾ (1)

ولما كان الإنجاب غريزة لا يمكن الاستغناء عنها كونه يحقق استمرار الأسرة ويحافظ عليها كمؤسسة اجتماعية، تتشكل وفقاً لطبيعتها من الزوجين والأولاد بصفة أساسية، فإن فشل الأزواج في تحصيل الذرية لمانع في أحد الزوجين، سواء الرجل أو المرأة، أو كلاهما يؤدي إلى هواجس تهدد الحياة الزوجية واستقرارها، ويلقي بظلاله وآثاره النفسية والصحية والاجتماعية عليها. وقد أتى في نصوص القرآن تسمية هذا المانع بالعقم، قال تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ﴾ (2)

(1) سورة الكهف، الآية (46).

يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنْتَاً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٥٩﴾ (١) وأخذ

الطب على عاتقه حل هذه المشكلة بجدارة وجدية، ولم تقف عجلته عن التّقدم في هذا المجال كما في غيره من المجالات الأخرى.

فقد شهد التّقدم العلميّ تطوراً كبيراً في التّشخيص ووسائله، وفي العلاج وطرقه ومواده، فأدخلت المساعدة الطّبية على الإنجاب منعطفاً مهماً عندما ظهرت عمليات التّلقيح الصّناعي كوسيلة فعالة لتكوين الجنين في حالة فشل الطّرق العادية الأخرى. (٢)

ومنذ ظهور أوّل مولود أنبوبي انتشرت طرق التّلقيح والإنجاب المتطورة، فكان ذلك في 10 نوفمبر 1978م، حيث وضعت "ليزلي براون" أوّل مولود أنبوبي "لويزا براون"، وذلك في بريطانيا على يد الطّبيين، "استبتوا وادوارد"، حيث قاما بتلقيح بويضتها بمنى زوجها، واشتهرت "لويزا" وتحدثت عنها جميع وسائل الإعلام وراقبتها أبصار العالم ناعته إياها "بطفلة الأنبوب"، ومن بعدها انتشرت مواليد أطفال الأنابيب في العالم، في أعقاب هذه القضية تولدت قضايا جديدة وأساليب تلقيح جديدة، ومن هذه القضايا: بنك المنى، تجميد الأجنة، زرع

(١) سورة الشورى، الآيتان (49-50).

(٢) وهو النقاء الحيوان المنوي ببويضة المرأة بطريقة صناعية أي بغير الاتصال الجنسي المباشر بغرض الحمل. فالتلقيح الصناعي إما أن يكون داخلياً (Artificial Insemination) يتم داخل رحم المرأة، وإما خارجياً (In Vitro Fertilization) حيث يتم تلقيح البويضة بالحيوان المنوي داخل أنبوب ثم يعاد زرعها في الرحم "أطفال الأنابيب".

الخصية، زرع الرّحم، زرع المبيض، الحمل بعد الوفاة للزوج، وتأجير الرّحم، موضوع بحثنا.

إذ يتفرع تأجير الرّحم عن التّلقيح الصّناعي الخارجيّ، فبدلاً من أن تعاد البويضة بعد تلقيحها بالأنبوب إلى رحم الزّوجة تزرع في رحم امرأة أخرى.

هذا ويعدّ تأجير الرّحم أو ما يسمى "الأمومة بالإنابة" من تقنيات التّلقيح الصّناعي التي أثارت جدلاً واسعاً؛ والتي يلجأ إليها الأزواج أو أي رجل وامرأة وإن لم يجمعهما عقد زواج. فيتفقان مع امرأة أخرى تتولى مهمة الحمل وتسلم الجنين إليهما عند الوضع، وذلك الاتفاق يسمى عقد تأجير الرّحم "Surrogacy Contract". حيث تتمثل عملية تأجير الرّحم ببساطة في أن تقبل المرأة المؤجرة لرحمها بالحمل لمصلحة الغير مقابل أجره متفق عليها. وقد توسع مفهوم الغير في الدّول الغربية التي نشأ فيها هذا العقد، فلم يعدّ يقتصر تأجير الرّحم على الأزواج أو الخليلين، بل أصبح الوسيلة الوحيدة أمام العديد من الأزواج من الجنس ذاته "مثليي الجنس" ⁽¹⁾ أو الأسر الأحادية لإنجاب الأطفال. ⁽¹⁾ فهذا هو

⁽¹⁾ المثلية الجنسية: تسمى في اللغة العربية اللواط أو المساحقة، أو إتيان البهائم. وفي علم النفس الشذوذ الجنسي؛ وهي ممارسة انحرافات أو صور نشاط تناسلي ليس في اتفاق مع الطبيعة والقطرة. ومع بدء التعاطف مع الشاذين جنسياً في العالم، بدأت تغيب عبارة: "الشذوذ الجنسي" من كتب علم النفس وجرى استبدالها بعبارة الجنسية المثلية "homosexuality". وقد اتجهت معظم التشريعات الغربية إلى الاعتراف بمثل هؤلاء وبحقهم في الزواج وإنجاب الأطفال، فتم تغير مفهوم الزوجين من جنسين مختلفين ذكر وأنثى إلى شخصين من جنس واحد "Couples"، وتم الاعتراف بهم كشكل جديد من أشكال الأسرة، استناداً إلى أن للأفراد مطلق الحرية في اختيار شركاء حياتهم حتى لو كانوا من جنس واحد ليمت استبعاد أي تمييز على أساس الجنس أو التوجه الجنسي، على "الحق في الحياة الأسرية". ففي فرنسا بعد مظاهرات صاخبة تحت شعار الزواج للجميع"، أعطى القانون الفرنسي

واقع تأجير الرّحم في الدّول الّتي نشأ فيها العقد. فقد نتج عن هذه التّقنية حالات غريبة، كأمّ بديلة تحمل جنينين لزوجين مختلفين، وجدة تلد أحفادها، وأخرى تلد أخاها... الخ. كما أصبح بإمكان مثلي الجنس والشّخص الأعزب إنجاب الأطفال عن طريق تأجير الرّحم والخلايا التناسلية من الغير!!! حيث يمكن إجراء هذه التّقنية بخلايا تناسلية من غير الرّوجين، كأن تكون البويضة من امرأة أخرى، أو يكون الحيوان المنوي من رجل آخر، ليكون الطّفل في النّهاية من دون أي علاقة وراثية بالآباء اللذين طلبا استئجار الرّحم ودفعوا قيمة هذا العمل، وهم الآباء المفوضون "Commissioning Parents" أو الآباء المعنيون "Intended Parents" على حد تعبير المشرع في القانون البريطاني والقانون الأمريكي.

للشريكين المثليين الحق في الزواج والحق في تبني الأطفال، وقد تولت التشريعات الغربية التي سمحت بالزواج "المثلي" فكانت أول دولة اعترفت به في أوروبا هي هولندا. ولا يتصور لهؤلاء الإنجاب إلا عن طريق تأجير الأرحام، فقد سمح قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة البريطاني عام 2008 لمثليي الجنس الإنجاب بوساطة استئجار الرحم. بينما حرم الإسلام منذ أربعة عشر قرناً عملاً صنعهُ قوم لوط الذين اشتهروا بهذا السلوك وانفردوا به عن العالمين، فقال جلّ جلاله: ﴿ أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعُلَمِينَ ﴿١٦٥﴾ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَرْوَاحِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ ﴿١٦٦﴾ ﴾ (سورة الشعراء 165-166) للمزيد راجع: هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية"، بحث منشور في مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، العدد الرابع والثلاثون، 2013، دار النشر بجامع حلوان، ص 247 وما بعدها.

(1) أي الأسر أحادية الوالدين (single parents family)، وتتألف من أحد الوالدين فقد يكون رجلاً غير متزوج أو امرأة غير متزوجة. وتنتشر هذه الأسر في الدول الغربية. حيث أدى تأجير الرحم إلى ما يسمى ب "الأسرة الأحادية" الأب أو الأم، حيث يلجأ بعض الرجال أو النساء إلى هذه العملية للحصول على ولد، من دون الارتباط بزواج.

فقد أدى هذا التطور المتسارع في الطب والأدوات الطبية إلى تصرفات جديدة كان محلها جسم الإنسان، وهذا يتعارض مع حرمة الجسد وكرامته. حيث إنّ الجسم الإنساني من أهم العناصر اللازمة لوجود الإنسان، فهو يعدّ من أكثر عناصر الحياة تقدّيساً فلا يجوز أن يكون محلاً لأي انتهاك أو اتفاق إلّا من أجل حمايته، ويعدّ المساس به انتهاكاً لحرمة ومعصومية الكيان الجسدي للإنسان. فكانت الشريعة الإسلامية هي الأسبق في الاهتمام بكرامة الإنسان وحرمة جسده وأعضائه من النظم والقوانين التي سنت مؤخراً.

والسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان هنا مفاده إذا كان الإنسان يحرم عليه التصرف في أي جزء من أجزاء جسده بالبيع، هل يجوز له تأجير أجزاء جسده ؟ والسؤال الذي يفرض نفسه هل يوجد جزء من أجزاء الإنسان يمكن أن يؤجر...؟ وعلى نحو خاص إذا كان هذا الجزء هو القرار المكين "الرّحم"؟!

لقد أثار عقد تأجير الرّحم مشكلات قانونية واجتماعية وأخلاقية، الأمر الذي أدى إلى الجدل الفقهي والقانوني والأخلاقي حول مشروعية هذا العقد، ولا يزال الجدل ثائراً حتى هذه اللحظة، فأصبحت الدول الغربية تموج بين القبول والرفض، واختلفت الآراء الفقهية وتباينت القوانين الوضعية، إذ ذهب العديد من الباحثين والفقهاء القانونيين إلى أنّ هذه الوسيلة في الإنجاب تعدّ تحدياً لمبادئ القانون، ودعا بعضهم إلى النص على تجريمها. بينما نظر إليها بعضهم الآخر بأنها وسيلة علمية حديثة لمساعدة الأزواج الذين حرّموا من الإنجاب. كما

نصت بعض الدّول في قوانينها على تحريم هذا النّوع من العقود استناداً إلى مبدأ حرمة الجسد البشريّ وعدم قابليته للتصرف. بينما اتجهت قوانين أخرى إلى إباحة عقد تأجير الرّحم محاولة لتنظيمه وحصر المشكلات القانونيّة التي تنشأ عن هذه العلاقة القانونيّة. فقد كثرت المنازعات في الدّول العربيّة على المواليد بين الأطراف المشاركة في تكوينه كصاحبة البويضة وصاحبة الرّحم وبين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرّحم وزوجها، حيث أفرزت هذه النّقنية مشكلات قانونيّة أهمهما مشكلة نسب المولود، فقد يصل عدد المشاركين في تكوينه إلى 5 أشخاص يوصفون "بالآباء"!

- إشكالية البحث:

أثار عقد تأجير الرّحم العديد من المشكلات في مجال القانون والشريعة الإسلاميّة، وأهمها مشكلة تحديد نسب الطّفل المولود من خلال هذا العقد، وذلك نتيجة اختلاف الأنظمة القانونيّة حول مشروعية عقد تأجير الرّحم، فقد حاولت بعض القوانين التي أباحت عقد تأجير الرّحم حل هذه المشكلة بتحديد الحق في الطّفل المولود من خلال هذا العقد، وتحديد الآباء القانونيين له.

بينما تعدّ قواعد النّسب في الدّول العربيّة من النّظام العام لا يمكن مخالفتها، فكيف يمكن لنا التّوفيق بين حق الآباء، الذين فوضوا الأمّ البديلة بالحمل، في المولود وبين القاعدة الشّرعية (الولد للفراش وللعاهر الحجر) وعلى نحو خاص إذا كان لصاحبة الرّحم فراش زوجية صحيح وشرعي؟ ولا سيما أنّ حفظ النّسب

من الكليات الخمس في الشريعة الإسلامية؛ لأن الأسرة هي الدعامة الأولى في المجتمع فهي الركن الأساسي فيه.

- أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في ضرورة إبداء الرأي القانوني حول التصرف بجسد الإنسان بتأجيله للغير! ومن جهة أخرى إبداء الرأي الشرعي حول الموضوع، إذ يعدّ استعراض حكم الشريعة الإسلامية أمراً مهماً في هذا البحث لأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني من مصادر القانون المدني في سورية، كما أنّ العلاقات الأسرية تخضع لقانون الأحوال الشخصية الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية. وتنص المادة (3) من الدستور الحالي للجمهورية العربية السورية لعام 2012 على أنّه: ".. الفقه الإسلامي مصدر رئيس للتشريع، تحترم الدولة جميع الأديان..." وبما أنّ هذا العقد من المسائل المستجدة في عصرنا فهي من المسائل التي لم يعط الفقهاء القدامى فيها حكماً. حيث إنّ هناك العديد من الرجال والنساء ممن حرّموا من نعمة الإنجاب تتولد لديهم رغبة شديدة في الإنجاب عن طريق تقنيات التلقيح الصناعي ومنها تأجير الرحم.

- هدف البحث:

يهدف هذا البحث إلى ما يأتي:

1. تحديد مفهوم عقد تأجير الرحم.

2. بيان النظام القانوني لعقد تأجير الرّحم.
3. البحث في الآثار التي تترتب على ذلك العقد من حقوق والتزامات، والبحث في نسب الطّفل المولود من جراء هذا العقد، سواء في الدّول التي حرمت العقد أو أباحته.

-منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال جمع آراء فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، وعرض الأدلة التي استندوا عليها في إباحة عقد تأجير الرّحم أو تحريمه، وذلك لبيان مدى مشروعية هذا العقد، إضافة إلى استقراء النصوص القانونيّة والاجتهادات القضائيّة في بعض الدّول الغربية التي نشأ فيها عقد تأجير الرّحم، سواء أباحت هذا العقد أم منعتّه، وبعض القوانين في الدّول العربية، والتي تملك أحكام صريحة بخصوص مسألة تأجير الرّحم. ومن ثمّ اتبعت منهج المقارنة بين هذه الأنظمة القانونية من جهة، وبين الشريعة الإسلاميّة من جهة أخرى.

- خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى بابين، تناولت في الباب الأول مفهوم عقد تأجير الرّحم ومدى مشروعيته، من خلال فصلين، خصصت الفصل الأول لمفهوم عقد تأجير الرّحم، في حين عرضت في الفصل الثاني مدى مشروعية عقد تأجير الرّحم، وفي الباب الثاني بينت آثار عقد تأجير الرّحم، وذلك من خلال فصلين أيضاً، عرضت في الفصل الأول آثار عقد تأجير الرّحم بالنسبة إلى المتعاقدين، وتناولت في الفصل الثاني آثار عقد تأجير الرّحم بالنسبة إلى الطّفل المولود.

إضافة إلى مقدمة بينت فيها إشكالية البحث وأهميته، وأهدافه، وخاتمة تضمنت النتائج والمقترحات التي توصلت إليها، وفق الخطة الآتية:

- مقدمة

- الباب الأوّل: مفهوم عقد تأجير الرّحم ومدى مشروعيته.
- الفصل الأوّل: مفهوم عقد تأجير الرّحم.
- الفصل الثاني: مدى مشروعية عقد تأجير الرّحم.
- الباب الثاني: آثار عقد تأجير الرّحم.
- الفصل الأوّل: آثار تأجير الرّحم بالنسبة إلى المتعاقدين.
- الفصل الثاني: آثار عقد تأجير الرّحم بالنسبة إلى الطّفل المولود.
- خاتمة.

الباب الأول

مفهوم عقد تأجير الرّحم ومدى مشروعيتها

تمهيد:

لما كانت مشروعية التّصرف برّحم المرأة موضوع يطرح نفسه على ساحة البحث بوصفه من نتاج النوازل⁽¹⁾ المستحدثة في عصرنا الراهن؛ والذي يعدّ إحدى الصّعوبات التي تعترض الفكر القانوني والفقهّي الذي وجد نفسه في حيرة من مواكبة هذه التّصرفات؛ حتى وإن وجدنا بعض الدّول قد حاولت الاستجابة لهذا النوع من التّصرفات من خلال إصدار بعض القوانين الخاصة، فقد اختلفت آراء فقهاء القانون وفقهاء الشريعة حول عملية الإنجاب بواسطة تأجير الرّحم.

ولا يمكننا دراسة مثل هذه القضايا بمعزل عن الظروف التي تحيط بها، فالأحكام جزء من فهم الواقعة، ومن ثمّ إضفاء الشّريعة عليها أو إبطالها، فالقضية ليست مجرد إنجازات علميّة، وإيجاد حلول لحالات عقم محددة، إنما هي قضية إيجاد انسجام بين متطلبات البحث العلمي وبين المبادئ القانونيّة من جهة، والمبادئ والقيم الثّابتة التي يقوم عليها التشريع الإسلاميّ من جهة أخرى.

(1) جمع نازلة أو حادثة مستجدة، ويراد بالنوازل: الوقائع والمستجدات والحادثة المشهورة، وفي الاصطلاح "الوقائع الجديدة التي لم يسبق فيها نص أو اجتهاد" والفقهاء المعاصرون يغلب عليهم استعمال المستجدات في النوازل المعاصرة. د. بكر عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، المجلد الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص9.

فقد أثار هذا العقد العديد من القضايا الأخلاقية، والقانونية، والدينية، مما جعل الهيئات التشريعية تنتظر في هذا العقد لكي تقرر إجازته، أو إلغائه، وإما إخضاعه لضوابط محددة.

ولأنّ "الحكم على الشيء فرع من تصوره"⁽¹⁾ ينبغي أولاً أن نبحث في مفهوم عقد تأجير الرّحم، ومن ثمّ في مدى مشروعيته. لذا فإننا نقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأوّل: مفهوم عقد تأجير الرّحم.

الفصل الثّاني: مدى مشروعية عقد تأجير الرّحم .

(1) قاعدة جلية وواضحة من القواعد المعروفة والمقررة عند أهل العلم وتعني "لا تحكم على شيء إلا بعد أن تتصوره تصوراً تاماً؛ حتى يكون الحكم مطابقاً للواقع، وإلا حصل خلل كبير جداً". وتظهر أهمية هذه القاعدة فيما يعرض على أهل العلم من واقعة أو مسألة أو نازلة...مثل نازلة تأجير الأرحام موضوع بحثنا. للاستزادة راجع: د. محمد أمان بن علي الجامي، الحكم على الشيء فرع من تصوره، دار المنهاج، القاهرة، مصر، 2004، ص48

الفصل الأول

مفهوم عقد تأجير الرحم

تمهيد:

وُجد عقد تأجير الرحم كأثر من آثار التقدم الطبي الذي وضعنا أمام عقد من نوع جديد في مجال القانون المدني. وقد ظهر في أوروبا وأمريكا ثم تسرب إلى العالم العربي والإسلامي، عن طريق الصحف والمجلات والشبكة "شبكة الانترنت"، إذ يتم استئجار رحم امرأة أثناء الحمل حتى الولادة بموجب اتفاق، ثم تُسلم الوليد إلى الأبوين اللذين دفعوا قيمة هذا العمل، وقد تكون الأم البديلة متبرعة، كأن تكون إحدى قريبات الزوجة، أو أمها، أو أختها، أو جدتها، أو صديقتها أو زوجة ثانية للزوج ذاته.. الخ. فنكون أمام التبرع بمنفعة الرحم.

وقد بدأت تقنية الاستقادة من الأرحام في عالم الحيوان، والتي استعملت بهدف زيادة إنتاج حيوانات ذات صفات ممتازة، فيؤخذ عدد من البويضات من أنثى الحيوان ذات الصفات الممتازة وتخصب مخبرياً ثم تزرع الأجنة في أرحام عدد من الحيوانات الأخرى العادية لتنمية الأجنة المحسنة داخلها.⁽¹⁾

ومن ثم انتشرت عمليات تأجير الرحم بين البشر في أوروبا وأمريكا في ثمانينيات القرن الماضي حتى أصبحت لها شركات ووكالات خاصة للترويج

(1) د. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص245

لتأجير الأرحام والمساعدة في إبرام تلك العقود، ويمكن ملاحظة الانتشار الواسع لتلك الوكالات عند تصفح الشبكة حتى بدأت تلك الأفكار تغزو الشرق، وخاصة الهند حيث تُستغل النساء في عمليات تأجير الرحم وذلك لرخص الأجرة المدفوعة إذا ما قورنت بالدول الغربية.⁽¹⁾ إضافة إلى انتشار وكالات وشركات تأجير الأرحام في أمريكا وعلى نحو قانوني. والتي أسهمت تلك الوكالات في ولادة مئات المواليد بهذه الطريقة.⁽²⁾

فما هو المقصود بتأجير الرحم ؟ وما هي أسبابه ؟ هذا ما سنبينه في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: تعريف عقد تأجير الرحم وخصائصه.

المبحث الثاني: أسباب ظهور عقد تأجير الرحم.

⁽¹⁾ See; Poonam Pariya, Womb on rent, Surrogacy Tourism In India, Ethical or Commercial, Department of Management Pranithi Degree College, International Journal of Recent Research in commerce Economics and management(IJRRCEM), A.P, India, 2015.p.194

⁽²⁾ See; Alex Finkelstein, Sarah Mac Dougall, Angel Kintominas, Anya Olsen, Surrogacy law policy in the U.S, A National Conversation Informed by Global Lawmaking, Report of the Columbia law school Sexuality & Gender law Clinic, 2016. p.3.

المبحث الأول

تعريف عقد تأجير الرحم وخصائصه.

أطلقت عدة مسميات على تأجير الرحم منها: الحمل بالإنابة، والحمل لمصلحة الغير، واستئجار الرحم، وإجارة الرحم، والرحم الظئر، وشتل الجنين،⁽¹⁾ والأم الحاضنة،⁽²⁾ وأمهات بالوكالة، أو أجنة الوكالة، والأمومة بالإنابة، والأم البديلة، والرحم المستعار، والبطن المؤجر.⁽³⁾ ونفضل استعمال مصطلح "تأجير الرحم" للتعبير عن المصطلحات السابقة.

(1) وتسمى بالأم المستعارة، وهي التي نقل إلى رحمها البويضة الملقحة وتسمى أيضا "مؤجرة البطن". أما شتل الجنين، فإن الشتل القطع، و"شتل الجنين" هو من مصطلحات الرحم الظئر. وحقيقته كما عرفه د. بكر أبو زيد: "أن يجمع رجل امرأته التي هي غير صالحة للحمل، ثم ينقل الماء منها إلى رحم ذات زوج بطرق طبية فتحمله إلى نهاية وضعه وطريقة النقل هذه هي الشتل". وهنا نتساءل هل ينقل ماء الرجل "النفطاف"، أم ينقل إليها البويضة بعد تلقيحها بماء الزوج؟ ويقصد بصاحبة الرحم الظئر، "العاطفة على ولد غيرها، المرضعة له في الناس وغيرهم". ... انظر: د. بكر أبو زيد، فقه النوازل، المرجع السابق، ص 254 وما بعدها.

(2) الأم الحاضنة: هي ذاتها الأم المستعارة، ومنهم من يعارض هذه التسمية لأن الحاضنة هي التي ترعى الطفل بعد ولادته، أما التي تحمل البويضة الملقحة فتسمى الحامل. أو الأم بالحمل أو الحاملة: هي التي تقتصر دورها على حمل نطفة أمشاج إلى مرحلة الوضع، ولم يتعد دورها غير ذلك سواء تقديم البويضة القابلة للتخصيب أو الإرضاع بعد الولادة. انظر: د. حسيني هيك، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2007، ص 249.

(3) د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوه، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1992-1993، ص 157.

وينبغي أن يسبق الحكم على تأجير الرّحم بيان حقيقة، والتي تتضمن تعريفه وخصائصه، فما هو تعريف عقد تأجير الرّحم ؟ وما هي خصائصه؟

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف عقد تأجير الرّحم.

المطلب الثاني: خصائص عقد تأجير الرّحم .

المطلب الأول

تعريف عقد تأجير الرّحم

عندما نُعرف عقد تأجير الرّحم فإننا نعرفه بالمعنى الإضافي، ومن ثمّ نعرفه بمعنى مستقل "كتصرف قانوني".

الفقرة 1- تعريف عقد تأجير الرّحم كمركب إضافي:

يتألف عقد تأجير الرّحم من ثلاثة مصطلحات ينبغي أن نقف على بيانها وهي: "العقد" و"التأجير" و"الرّحم".

أولاً_ مفهوم كلمة "عقد":

1_ تعريف العقد في اللغة:

يطلق العقد في اللغة على معان كثيرة منها :

الربط، الشّد، والإحكام، والقوة، والجمع بين الشّيئين، وهو بكسر العين يطلق على القلادة، وهو بفتح العين يطلق على الإحكام، تقول عَقَدْتَ فأنعقد أو هو معقود.⁽¹⁾ والعُقْدَةُ بضم العين موضع العقد والربط، وهو ما عُقِدَ عليه.⁽²⁾ ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ...﴾⁽³⁾

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار الصياد، بيروت، 1955، مادة "عقد"، (296/3).

(2) أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار اليمامة، دمشق، 1985، ص445.

(3) سورة البقرة، الآية: (235).

ويراد به العهد، والضمان، والتوثيق. والجمع عقود، ويقال: "اعتقد فلان عقدة أي اشترى ضيعة أو اتخذ مالا من عقار أو غيره".⁽¹⁾ ويقال: "عقدت البيع: أي أبرمته ووثقته، وعقد النكاح وعقدته، إحكامه وإبرامه".⁽²⁾

كما يراد به تقوية الشيء وإحكامه. ويطلق على الربط الحسي والمعنوي، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَنُكُمْ فَأَتُوهُمْ نَصِيْبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا﴾⁽³⁾ فالحسي الإيجاب بالقبول في البيع والإجارة واليمين، وغيرها من سائر العقود.⁽⁴⁾

وعلى هذا فالعقد في اللغة: يشمل الربط، أو التوثيق، أو الالتزام بشيء من جانب واحد، أو من جانبين فعلاً كان أو تركاً.⁽⁵⁾

2_ تعريف العقد في الفقه الإسلامي:

للعقد عند فقهاء الشريعة معنيان: أحدهما عام و الآخر خاص.

المعنى العام، وهو: " كل التزام يتعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت 1986، مادة "عقد" (327/3).

(2) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، (298/3).

(3) سورة النساء، الآية: (33).

(4) الفيروز آبادي، المحيط، المرجع السابق، (327/3).

(5) أحمد محمود الشافعي، الملكية والعقد، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988، ص 124.

ونحوه.⁽¹⁾ فهو المعنى الأقرب إلى المعنى اللغوي. وهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء أصدر بإرادة منفردة، كالوقف، والإبراء، والطلاق، واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه، كالبيع، والإيجار، والتوكيل، والرهن.⁽²⁾

أما المعنى الخاص، فهو عبارة عن: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله." أو بعبارة أخرى: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر. أو كلام الواحد القائم مقامهما." أي تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر على وجه يظهر أثره في المحل.⁽³⁾

4_ تعريف العقد في الاصطلاح القانوني:

العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله،⁽⁴⁾ أو هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه.⁽⁵⁾

(1) أبي الفرج عبد الرحمن زين بن أحمد ابن رجب الحنبلي، علق عليه الدكتور محمد علي البنا القواعد الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008م، 1429 هـ، ص99.

(2) د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات والعقود، دار الفكر، دمشق، 1985، الطبعة الثانية، ج4، ص80.

(3) أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، دار الفكر بيروت، لبنان، دون تاريخ نشر، (47/5).

(4) د. فواز صالح، أركان العقد، الموسوعة القانونية المتخصصة، الطبعة الأولى دمشق، 2010، المجلد الخامس، ص 151.

(5) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ نشر، ج1، ص138.

يتبين من ذلك أن العقد لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه وهي: الرضا وما يتبعه من أهلية المتعاقدين، والمحل والسبب، فالإرادة أو التراضي هي قوام وأساس العقد لأنها تتصرف إلى إحداث التصرف، أو إنشاء الالتزام.⁽¹⁾

ثانياً_ مفهوم كلمة "تأجير":

1_ تعريف التأجير في اللغة:

التأجير لغة، من أَجَرَ، يَأْجِرُ، إِجَارَةً. والإجارة ما أعطيت من أجر في عمل، ثم استعملت في العقد. ويقال أجرت الدار فأنا مؤجر، والأجرة: الكراء. ويقال: أجرت المرأة البغية نفسها مؤاجرة أباحت نفسها بأجر، والتأجير مصدر من أجر بالتضعيف والمعنى واحد.

والإجارة، فيها لغات ثلاث بكسر الهمزة وفتحها وضمها فنقول: إجارة، وأجارة، وأجارة، والكسر أفصح وأشهر. قال الزمخشري: يقال: أجرته مؤاجرة مثل عاقده معاقدة، وعاملته معاملة،⁽²⁾ وقال صاحب القاموس: وأجر المملوك أجراً... كآجره إيجاراً و مؤاجرة، واستأجرته فأجرني صار أجيري.⁽³⁾ فالإجارة: اسم للأجر والأجرة التي تؤخذ عن عمل شخص، أو منفعة أرضه، أو ملكه.⁽⁴⁾

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص138.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة الإيمان، مصر، 2008، ص 30.

(3) الفيروز آبادي، المحيط، المرجع السابق، ص376.

(4) الفيروز آبادي، المحيط، المرجع السابق، ص376.

والإيجار مصدره أجره يؤجره مؤجرة وإيجاراً، أي اكتراه منه، وأصله أجر الشيء أي أكراه، وأجر فلاناً على كذا أي أعطاه أجراً، والمضارع منه يأجر.⁽¹⁾

2_ تعريف التأجير في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تعريف الإجارة ، وجاءت تعاريفهم على النحو الآتي:

عند الحنفية: الإجارة عقد على المنافع بعوض.⁽²⁾

عند المالكية: الإجارة تملك منافع شيء مباح مدة معلومة بعوض.⁽³⁾

عند الشافعية: الإجارة عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم.⁽⁴⁾

عند الحنابلة: الإجارة عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة.⁽⁵⁾

ويمكن أن نختار تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية للتأجير بأنه: عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض.⁽¹⁾

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مادة (الأجر).

(2) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1406هـ، 1986م، (4/256).

(3) محمد أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب القانونية، الجزء الخامس، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، 2008م، 1428هـ، ص 150.

(4) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، (438/3).

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، 1997، (546/3).

3_ تعريف التَّاجِير في الاصطلاح القانوني:

عرف المشرع السُّورِيَّ التَّاجِير وذلك في المادة (526) من القانون المدني السُّوري، والتي جاء فيها أنَّ: "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم."

ثالثاً_ مفهوم كلمة "الرحم":

1_ تعريف الرَّحِم في اللغة:

الرَّحِم: رَحِم الأنثى وهو بيت منبت الولد، ووعاؤه في البطن.⁽²⁾ الرِّاء والحاء والميم أصل واحد يدل على الرِّقة، والعطف، والرِّافة. والرَّحِم: علاقة القرابة، ثم سميت رَحِمُ الأنثى رَحِمًا من هذا، لأنَّ منها ما يكون يرحم ويرق له من ولد.⁽³⁾

2_ تعريف الرَّحِم في الفقه الإسلامي:

ذُكر الرَّحِم في القرآن الكريم في أكثر من موضع، ومن هذه المواضع يفهم أنَّ للرَّحِم معنيين:

المعنى الأوَّل: جزء من الجهاز التناسلي للمرأة، وهو المهد والفرش، والمحضن للنطفة الإنسانية يحيطها ويغذيها ويرعاها حتى تبلغ أوج نموها

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار السلاسل الكويت، 1983 (252/1).

(2) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مادة (الرحم).

(3) أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة العربية، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت دار الجيل 1411هـ، (489/1).

وكماله، فيخرجها الله بشراً سوياً. ومن الآيات التي نتحدث في هذا المعنى قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ..﴾⁽¹⁾ ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ..﴾⁽²⁾ ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾⁽³⁾

وجاء في الموسوعة الطبية الفقهية ما نصه: الرَّحِم هو العضو الذي يتخلق فيه الولد، وقد وصفه الله عز وجل بالقرار المكين في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾﴾⁽⁴⁾ لأنه يمسك الجنين مدة الحمل ويوفر له كل ما يحتاجه من غذاء وحماية حتى يأذن الله تعالى له بالخروج.⁽⁵⁾

المعنى الثاني: هو صلة القرابة الناتجة من الرَّحِم وما يحملها، وهو الصّلات الناتجة عن التّزاوج، فالآباء والأبناء والأخوال والأعمام ومجموعة الأقارب يطلق عليهم لفظ الرَّحِم. لذلك جاء لفظ "الرَّحِم" دلالة على أسمى الروابط الإنسانية في مجال الحياة الاجتماعية، وأسمى معاني القيم في مجال الأخلاق. حيث أراد الله

(1) سورة آل عمران، الآية: (6).

(2) سورة البقرة، الآية: (228).

(3) سورة الرعد، الآية (8).

(4) سورة المؤمنون، الآيتان: (12. 13).

(5) أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت لبنان، ط1، 1421هـ، 2000م، ص474.

عز وجل أن يحث العباد على أن يقيموا عرى الصّلات على أساس متين.⁽¹⁾
ومن الآيات التي وردت دالة على هذا المعنى: قوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ..﴾⁽²⁾

ومن خلال السّنة النبوية يتضح لنا أن الأرحام بمعناها الشرعيّ قد حظيت بالاهتمام. والدليل ما أخرجه مسلم عن عائشة (رضي الله عنها) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: "الرّحم معلقة بالعرش تقول: من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطعه الله." ⁽³⁾

فالمعنى الأول هو ما يقصد بالرّحم في هذا البحث فالرّحم عبارة عن: حويصلة صغيرة الحجم في أسفل التّجويف البطني للمرأة، يتسع ويكبر لنمو الجنين بداخله، إلى أن يصل إلى قمة تمدده في نهاية الحمل، ثمّ يعود إلى حالته الأولى تدريجياً بعد خروج الجنين.⁽⁴⁾

(1) د.هيام إسماعيل السمحاوي، إيجاز الرحم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص27.

(2) سورة النساء، الآية: (1).

(3) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب صلة الرحم و قطيعتها، (4/88)، الحديث رقم: 17- (2554).

(4) د.عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة "الرحم الظنر"، طبعة دار النهضة العربية، 1416هـ، 2005 م، ص35.

3_ في الاصطلاح الطبي:

الرَّحِم عضو حيوي في الجهاز التناسلي عند المرأة، وهو جسم عضلي أجوف، يتم فيه تكوين الجنين في تسعة أشهر قبل الولادة.⁽¹⁾

الفقرة -2- تعريف عقد تأجير الرَّحِم كمفهوم مستقل أو " كتصرف قانوني":

حاول العديد من الفقهاء والباحثين تعريف عقد تأجير الرحم، نذكر بعضها على النحو الآتي:

"عقد تتعهد امرأة بمقتضاه بشغل رحمها، بأجر أو بدون أجر، بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة صناعياً لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم المرأة."⁽²⁾

وينتقد هذا التعريف بأنه؛ يذكر أنّ الطرف الثاني في العقد هما زوجان، وهذا هو الأعم و الأغلب ولكن ليس بصورة مطلقة، وكما هو الحال في بعض الدول الغربية، فيمكن أن يتم الحمل لمصلحة رجل وامرأة وإن لم يربطهما عقد زواج، كما يمكن أن يكون لمصلحة مثلي الجنس. كما ذكر شرط الاستحالة أي أنّ العقد لا يتم إلا إذا استحال على الزوجين الإنجاب لفساد رحم الزوجة، إلا أنّ استئجار الرَّحِم قد يكون لأسباب متعددة غير فساد رحم الزوجة، كأن تكون مصابة بفقر الدم أو بمرض انتقالي تخاف نقله إلى الجنين بالحمل أو

(1) عبد العزيز اللبدي، القاموس الطبي العربي، الطبعة الأولى، الأردن دار البشير، 1425هـ، 537.

(2) د. حسني ممدوح عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، القاهرة 2006، ص56.

حتى لأسباب جمالية. فقد تكون الأسباب صحيّة، أو اقتصادية، أو اجتماعيّة، وهذا ما سنبينه لاحقاً.

كما عرفه بعضهم الآخر بأنّه: "عقد تلتزم امرأة أجنبية فيه بتأجير رحمها لرجل (ليس زوجا لها) والانتفاع به، وذلك بأن يضع حيواناته المنوية عن طرق التلقيح الصناعي لمدة معينة أقصاه مدة الحمل، وذلك لقاء أجر معين متفق عليه وأن تسلم المولود لوالده بعد ولادته".⁽¹⁾

وينتقد هذا التعريف بأنّه: يمكن أن تكون مؤجرة الرّحم زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي، أم الزّوجة، أو جدتها، أو صديقتها.. الخ، وإن ما يتم وضعه في رحم الأمّ البديلة، صاحبة الرّحم المستعار، ليس حيواناً منوياً لرجل، وإنما هو "بويضة ملقحة لأبوين"، سواء أكانا زوجين أم لا، وذلك باستخدام تقنيات التلقيح الصناعي.

ويعرف عقد تأجير الرّحم أيضاً بأنّه: "موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها لحساب امرأة أخرى وتسلم المولود لها بعد ولادته".⁽²⁾

وينتقد هذا التعريف بأنّه غير جامع، لأنّه عرف تأجير الرّحم بأنّه حمل بويضة ملقحة لامرأة أخرى على أن يسلم المولود إليها بعد الولادة، وهذا غير جامع لأفراد المعرف، لأنّ المولود قد يسلم لامرأة أخرى غير صاحبة البويضة كما في بعض صور استئجار الرّحم. فمن شروط تعريف الشّيء أن يكون

(1) د. بكر أبو زيد، فقه النوازل، المرجع السابق، ص256.

(2) د. محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص160.

جامعاً مانعاً مختصراً وهذا التعريف قد جاء عاماً.⁽¹⁾ كما ينتقد هذا التعريف بأن الحمل لا يكون لحساب امرأة فقط، إنما قد يكون لحساب زوجين أو خليلين أو حتى لحساب مثلي الجنس كما بينا سابقاً.

كما تم تعريفه أيضاً بأنه: "عقد معاوضة على الانتفاع برحم امرأة أجنبية لغرس اللقحة فيه على أن لا ينسب لها المولود."⁽²⁾

وينتقد هذا التعريف من حيث أن مؤجرة الرحم قد تكون كما بينا سابقاً زوجة ثانية للرجل، أو قريبة للمرأة، أو الرجل أو صديقة لهما.. الخ، فمن شروط التعريف أن يكون جامعاً مانعاً مختصراً بين حقيقة تأجير الرحم الذي يقوم على تلقيح خارجي في وعاء الاختبار سواء أكانت البويضة المخصبة لزوجين أم لأي رجل وامرأة، ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة توافق على الحمل لمصلحة الغير على أن تسلم المولود بعد الولادة، أي لا ينسب لها.

وفي تعريف آخر لعقد تأجير الرحم هو: "موافقة امرأة على حمل بويضة لا تنسب إليها بيولوجياً بل تنسب إلى زوجين آخرين، وتلتزم المرأة التي تحمل

(1) د. محمد لطفي، إتحاف الأنام بحكم تأجير الأرحام، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بفتحنا الأشرف، دقهلية، جامعة الأزهر، العدد الثالث عشر، 2004، ص 988.

(2) د. محمد بن عبد العزيز، أحكام التلقيح غير الطبيعي، كنوز اشبيليا، ط1، 1430هـ، 2009، ج1، ص 347.

الجنين بتسليم المولود بعد ولادته لمن ينسب إليها بيولوجياً مقابل أجر أو بدون أجر حسب الاتفاق.⁽¹⁾

وينتقد هذا التعريف بأنه: ليس بالضرورة أن ينسب الطفل إلى الآباء البيولوجيين، فقد يكون هناك متبرع بالحيوان المنوي أو متبرعة بالبويضة من دون أن ينسب إليهما الطفل. فعلى سبيل المثال نص قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة البريطاني لعام 2008 على أنه: "لا يمكن اعتبار المتبرعين بالحيوانات المنوية على أنهم آباء قانونيين للمولود."⁽²⁾

وعرفه بعضهم الآخر بأنه: "إيجار رحم امرأة مهيأة لكافة الخصائص الحياتية التي تمكنه من زرع لقiche مكونة من اندماج نطفة رجل مع بويضة امرأة لقاء أجر مادي متفق عليه."⁽³⁾ وينتقد هذا التعريف بأنه يتضمن عبارة حشو وهي "رحم مهيأ لكافة الخصائص الحياتية.." فمن الطبيعي أن يتم تهيئة رحم المرأة وإعداده لزرع البويضة الملقحة. وأيضاً حصر تأجير الرحم لصالح الأزواج فقط، وقد تبين سابقاً أن هذا العقد قد يكون لصالح أي رجل وامرأة (خليين) أو لأزواج من الجنس ذاته.

(1) عبد الرزاق الشيبان، استئجار الأرحام بين الشريعة والقانون، رسالة دبلوم، إشراف د. فواز صالح، جامعة دمشق، 2004، ص 10.

(2) المادة (41) من قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة البريطاني لعام 2008.

(3) جهاد محمود عبد المبدى، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014، ص 256.

وعرفت الموسوعة العربية العالمية تأجير الرَّحَم بأنه: "استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحه مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة وغالباً ما يكونان زوجين وتحمل الجنين وتضعه وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولداً قانونياً لهما."⁽¹⁾ وينتقد هذا التعريف بأنه تضمن الإشارة إلى آثار عقد تأجير الرَّحَم وهي: "رعاية المولود ويكون ولداً قانوناً لهما". وفيه حشو بعبارة: "غالباً ما يكونا زوجين" فهو قيد غير متصل بتعريف تأجير الرَّحَم.

وبما أنَّ هذا النوع من الإنجاب يتدخل الغير نشأ في أمريكا وفي الدول الأوروبية، ومن ثمَّ انتقل إلى غيرها من الدول، فينبغي علينا الرجوع إلى اللغة الأجنبية الإنجليزية، ومن ثمَّ الفرنسية لتعريف عقد تأجير الرَّحَم.

أولاً- في الاصطلاح الإنجليزي:

وجدنا في اللغة الإنكليزية مصطلح الأمّ البديلة "surrogate mother"، والتي تعني: "شخص أو حيوان يأخذ دور الأمّ أو جزء منه لمصلحة شخص أو حيوان آخر." وما يعيننا في بحثنا هو استعمالها من قبل البشر.

وبالرجوع إلى معجم "Oxford" ومعجم "Collins" عُرفت الأمّ البديلة بأنها: "المرأة التي تحمل البويضة الملقحة لامرأة أخرى أو الجنين لامرأة أخرى أو البويضة الملقحة الخاصة بها لمصلحة امرأة أخرى" فلم يُشترط قدرة أو عدم قدرة المرأة على الإنجاب في قاموس "Oxford"، أما في قاموس "Collins" حدد عدم

(1) الموسوعة العربية العالمية، السعودية، مؤسسة أعمال الموسوعة العربية، 1996، ج13، ص325.

قدرة المرأة على الإنجاب في تعريف الأم البديلة، وهي: "المرأة التي تقوم بالحمل والولادة نيابة عن امرأة أخرى لا تستطيع الإنجاب".⁽¹⁾

وينقسم عقد تأجير الرحم "surrogacy"⁽²⁾ إلى صورتين:

1_ عقد تأجير الرحم التقليدي (Traditional surrogacy):

هو عقد توافق امرأة بموجبه على التبرع ببويضاتها الخاصة، وتحمل الطفل خلال فترة الحمل نيابة عن الآباء المعنيين، ويتم تلقيحها بوساطة التلقيح الصناعي الداخلي (AI)، فتكون في الوقت ذاته الأم البيولوجية والأم البديلة للطفل. ومن ثم تقوم بالتخلي عن حقوقها تجاه طفلها بعد الولادة للآباء

⁽¹⁾ **Surrogate mother of Oxford Dictionary:** "A woman who bears a child on behalf of another woman, either from her own egg fertilized by the other woman s partner, or from the implantation in her uterus of a fertilized egg from the other woman"

See; Oxford dictionaries English, definition /surrogate mother, On the following Link; (<http://www.en.oxforddictionaries.com/definition/surrogate-mother>. last visited 15/8/2017).

Surrogate mother of Collins Dictionary: "A women who bears a child on behalf of a couple unable to have a child, either by artificial in semination the man or implantation of an embryo from woman." see; <http://www.collinsdictionary.com/surroget-mother>(last visited15/8/2017)

⁽²⁾ **Surrogacy of Oxford English Dictionary:** "The action or state of being a surrogate. the process of giving birth as a surrogate mother or arranging such a birth. surrogacy is frequently denounced as exploitation 'surrogacy agencies," see; Oxford dictionaries English, definition Surrogacy.

المعنيين، ويسمى هذا العقد بتأجير الرَّحْم الجزئي أو المباشر (surrogacy partial, straight).⁽¹⁾ وهذه الصّورة لا تدخل في موضوع بحثنا.

أما اليوم فقد استبدل عقد الرَّحْم التقليدي بعقد الأمّ البديلة للحمل "ويعرف أيضاً باسم ناقلة الحمل". لتجنب الخلافات المماثلة لقضية "Mere" التي سنقوم بعرضها لاحقاً، حيث أيدت المحكمة حقوق المستأجرة التقليدية في ممارسة حقوقها الخاصة بأمور حضانة الطّفل، وبناء على حقيقة لا تقبل الجدل إنها كانت الأمّ البيولوجية والمانحة البويضة للطفل، وهذا على عكس الأمّ بالإنابة التي لا تحتفظ بأي روابط جينية للأطفال التي تحملهم.⁽²⁾

2_ عقد الحمل بالإنابة (Gestational Surrogacy):

تقبل الأمّ البديلة، بموجب هذا العقد، بزرع البويضة المخصبة في رحمها بواسطة التلقيح الصّناعي الخارجيّ (IVF). وتحمل الجنين مدة الحمل لتتخلّى عنه بعد الولادة، من دون أن تحتفظ الأمّ البديلة بأي روابط جينية للطفل الذي سيولد. حيث تنقل البويضة من الأمّ المعنية أو المانحة وتخصب مع الحيوان المنوي من الأب المعني أو من المانح، ومن ثمّ تنقل البويضة المخصبة إلى مؤجرة الرَّحْم.⁽³⁾

(1) See; Magdalena Gugucheva, Surrogacy in America, Council for Responsible Genetics (CRG), Cambridge, 2010, p;6.

(2) See; id.

(3) **Gestational surrogacy(GS) or Full, host Surrogacy**; refers to a contractual situation whereby a women agrees to have an in fertilized

ثانياً_ في الاصطلاح الفرنسي:

يطلق على عقد تأجير الرّحم عدة مصطلحات في فرنسا منها: الأمومة بالإنابة أو الأمومة البديلة "Maternité de substitution"، والأمّ الحامل "Mère Porteuse".⁽¹⁾

وقد عرفت الأمّ الحامل بأنها: "هي من تحمل جنين أو بويضة مخصبة لزوجين، أو خليتين، أو تحمل بتخصيب الحيوان المنوي للزوج".⁽²⁾ وعليه تقسم إلى صورتين، وهما:

1_ الإنجاب لمصلحة الغير (la procréation pour le compte d'autrui):

حيث تحمل المرأة ببويضة منها نيابة عن امرأة أخرى، مخصبة بماء شريك المرأة الأخرى، وهي ذاتها صورة عقد تأجير الرّحم التقليدي في الاصطلاح

embryo implanted into her uterus, and then agrees to carry the resulting child to term. She further agrees to relinquish her parental rights upon birth of the child... See; Id. p.5.

⁽¹⁾ L'arrêt de la cour d'Appel de Rennes du 1/2/2012, et l'arrêt de la cour de Cassation, n°12-30.138, 13/9/2013, Recueil Dalloz, 2016 .p.2383.

⁽²⁾ Voir; CNAF-Direction des statistiques, des études et de la recherche, l'actualité du droit civil de la famille, Recherches et Prévisions, n° 72-juin 2003, p.101.

الانجليزي، وتوصف بأنها أمومة بديلة كاملة أو تقليدية "maternité de substitution traditionnelle".⁽¹⁾

2_ الحمل لمصلحة الغير "gestation pour le compte d'autrui":

حيث تحمل المرأة لمصلحة الغير، ببويضة مخصبة ليست منها، تزرع في رحمها فتكون في هذه الحالة ليس لها أي علاقة وراثية بالطفل ويقتصر دورها على الحمل.⁽²⁾

وتم تسميته في القانون الفرنسي رقم 643/94 الصادر بتاريخ 1994 بالحمل لمصلحة الغير.⁽³⁾

وهذه هي الصورة المعنية بعملية الحمل لمصلحة الغير أو تأجير الرحم موضوع بحثنا ودراستنا، ذلك أن صاحبة الرحم يقتصر دورها على حمل الجنين من دون أن تربطها به أي جينات وراثية، فتبدو وكأنها حاضنة بشرية "host Surrogacy".

⁽¹⁾ François Giraud, Mère porteuse et droits de l'enfant, HAL; hal-01392458, (<https://hal.archives-souventes.fr/hal-01329458v3>, Submitted 18 jun 2016, p.8.)

⁽²⁾ op.cit.

⁽³⁾ L article (16-7) du code civil français dispose que : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Et L'article (16-9) du même code dispose que: " les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public."

ويعرف جانب من الفقه الفرنسي الحمل لمصلحة الغير بأنه هو: أن تقبل امرأة تدعى الأم الحامل "Mère Porteuse" بالحمل لمصلحة شخص أو عدة أشخاص، وأن تتخلى عن الطفل عند الولادة لصالح هذين الأخيرين، والذي يطلق عليهم الآباء المفوضين "Parents commanditaires".⁽¹⁾

وفي الحقيقة إنّ مصطلح "تأجير الرحم" عبارة عن إنشاء عقد معاوضة مع امرأة، على وضع بويضة ملقحة في رحمها إلى وقت الولادة، لقاء أجر معلوم يتفق عليه. وأما "إعارة الرحم" فهو عبارة عن إنشاء عقد تبرع مع امرأة على وضع بويضة ملقحة في رحمها إلى وقت الولادة.⁽²⁾

ويرى بعضهم أنّه: يقصد بالغير في هذا الصدد، الأم، التي ينسب إليها المولود عن ولادته، فالغير هنا، هو المرأة التي كانت قد اتفقت مع امرأة أخرى على حمل بويضة ملقحة لحسابها، ومن ثمّ فإن المولود يحمل، عند ولادته، اسم امرأة غير تلك التي حملت ووضعت بالاتفاق مع امرأة أخرى. أما هذه "المرأة الأخرى" فيقتصر دورها على حمل البويضة المخصبة حتى لحظة الوضع، ورد

(1) Voir; Cécile Petit, Premier avocat général à la cour de cassation, statut juridique des enfants nés d'une gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger, Recueil Dalloz 2013. P.2377.

(2) د. عبد الفتاح إدريس، استئجار الأرحام قضية مثيرة فهل حسمها علماء الدين؟ مقال منشور في مجلة لها، القاهرة، بتاريخ 2016/5/26. على الرابط الآتي:

(www.lahamag.com/Details/7031/)، تم الرجوع إليه في 2016/8/15 في تمام الساعة

الثامنة مساءً.

الطفل بعد ولادته لمن أوصت عليه. ولذلك تسمى الأم الحاملة، أو الأم المستعارة، أو أخيراً الأم بالحلول.⁽¹⁾

وفي الحقيقة أنّ الغير: قد يكون رجلاً منفرداً، أو امرأة منفردة، أو زوجين، أو شريكين في مخادنة بين جنسين مختلفين، أو شريكين في شذوذ جنسي من الجنس ذاته.

وقد أجمع الفقهاء والباحثون على أنّ دور صاحبة الرحم يقتصر فقط على حمل الجنين من دون المساهمة بالبويضة المخصبة، ومن ثمّ استبعاد أي صورة يتم فيها المشاركة بالبويضة المخصبة سواء تمّ معها استعمال الرحم أو لا. ولكن لا ينحصر نطاقها بين الزوجين فقط كما يرى بعضهم؛ أنّ الصورة الدقيقة لاستئجار الرحم تشمل صورة واحدة فقط، وهي تلك الصورة التي يتم فيها أخذ البويضة من الزوجة والمني من الزوج اللذين تجمعهما علاقة شرعية صحيحة. ثمّ تزرع هذه البويضة بعد تلقيحها خارجياً في رحم متطوعة أخرى سواء أكانت هذه المتطوعة زوجة ثانية للزوج أم أجنبية بالنسبة إلى الزوجين. فالذي يميز هذه الوسيلة ليس إجراء عملية التلقيح خارج الرحم، وإنما تطوع امرأة أخرى للقيام بالحمل نيابة عن الأم البيولوجية لأسباب معينة، وهذا هو السبب الحقيقي لتسمية هذه الحالة باستئجار الرحم.⁽²⁾

(1) د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص155.

(2) د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص159.

ولكن كما تبين سابقاً أن من يرغبان بالمولود قد يكونا متزوجين، وهذا هو الشائع، ولكن ذلك لا يمنع من أن يكونان غير متزوجين بل حتى مثلي الجنس كما تجيزه بعض القوانين.

المطلب الثاني

خصائص عقد تأجير الرّحم

يمتاز عقد تأجير الرّحم، من حيث المبدأ، بمجموعة من الخصائص؛ فهو عقد من العقود الرضائية الملزمة للجانبين، وعقد محدد من عقود المعاوضة، وعقود المدة، وهذا ما سنبينه وفق ما يأتي:

الفقرة-1 - عقد رضائي :

فالعقود الرضائية، هي التي تتم بمجرد التراضي على إنشائها وعلى حكم المسائل الجوهرية فيها. سواء أتم التعبير عن هذا التراضي باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.⁽¹⁾

وفي الواقع يعدّ عقد تأجير الرّحم من العقود الرضائية لأنّه ينقصد بمجرد تراضي المرأة صاحبة الرّحم المستأجر مع الطرف الآخر من دون حاجة إلى أي شكل لذلك.⁽²⁾ وإنّ ما تقوم به المكاتب الخاصة، أو المؤسسات و الشركات المتخصصة بتأجير الرّحم من كتابة للعقود هو للإثبات ولا يضيفي الصّفة

(1) د. محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، الطبعة العاشرة، ج1، جامعة دمشق، 2004، ص197.

(2) د. رائد صيوان عطوان، د. عقيل فاضل الدهان، المشاكل القانونية والشرعية لعقود تأجير الأرحام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق في جامعة النهرين، العراق، المجلد 13، الإصدار الثاني، 2011. ص56 وما بعدها.

الشككية على هذا العقد،⁽¹⁾ إنما للمحافظة على حقوق الطرفين وضماناً لتنفيذ العقد. فعلى سبيل المثال تسمح القوانين في ولاية كاليفورنيا بهذا العقد، وتكتفي بتوافر الرضا بين الأطراف دون أي شككية.

الفقرة-2- عقد ملزم للجانبين :

العقد الملزم للجانبين، هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، بحيث يصبح كل واحد منهما دائناً من ناحية، ومديناً من ناحية أخرى.⁽²⁾

ويفرض عقد تأجير الرحم التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، فالمرأة صاحبة الرحم تلتزم بالسماح بزرع البويضة المخصبة في رحمها، والعناية بالجنين خلال فترة الحمل، وتسليم المولود عند الوضع؛ في حين يلتزم الطرف الآخر بالقيام بما يلزم للحصول على البويضة المخصبة، وتحمل النفقات المترتبة على الحمل والولادة، ودفع الأجر وتسليم المولود عند الولادة. فعلى سبيل المثال نصت القوانين في ولاية فلوريدا على أن يلتزم الزوجان بكافة التزاماتها تجاه المولود. وأن يتحملا كافة المصارف والتنفقات خلال الحمل.⁽³⁾ وسوف أتناول لاحقاً، وبالتفصيل، الالتزامات التي ينشئها عقد تأجير الرحم، وذلك في الدول التي تبيح هذا العقد وتعترف بمشروعيتها.

(1) د. محمد سوار، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

(2) د. محمد سوار، المرجع السابق، ص 43.

(3) See; Florida Code § 63-212(2009).

الفقرة -3- عقد من عقود المدة:

يعدُّ عقد تأجير الرحم مؤقتاً ومحدد المدة، إذ يعدّ الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث يبقى العقد قائماً طيلة فترة الحمل،⁽¹⁾ فتبدأ المرأة مؤجرة الرحم بتنفيذ التزامها من وقت زراعة البويضة المخصبة في رحمها إلى وقت إتمام عملية الولادة، والتي غالباً ما تكون تسعة أشهر تقريباً.

ويرى بعض الباحثين أنه لا يمكن تحديد مدة معينة لعقد تأجير الرحم، وذلك يرجع إلى المدة المعروفة للحمل وهي تسعة أشهر تقريباً وأحياناً سبعة أشهر وأحياناً ستة أشهر في ظل النوازل الطبية المستحدثة على أن تكمل مدة الحمل في حضانات صناعية شأنها شأن رحم الأم.⁽²⁾

وفي الواقع حتى لو حدثت الولادة مبكرة سواء سبعة أشهر أم ثمانية أشهر ووضع الطفل في حاضنة صناعية، يعدّ هذا العقد مؤقتاً محدد المدة وهي مدة الحمل، وغالباً ما تتم ولادة الأم البديلة في عيادات تأجير الأرحام خلال مدة محددة يحددها الأطباء من دون انتظار الولادة الطبيعية للطفل وذلك بإجراء عمليات قيصرية.

(1) بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، التكيف القانوني لعملية تأجير الرحم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بكر بلقايد تلمسان، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، 2017، ص196.

(2) د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص440.

الفقرة-4- عقد معاوضة:

يقوم عقد المعاوضة على أساس المبادلة، فيأخذ المتعاقد عوضاً مقابلاً لما يعطي كالبيع والإجارة، والقرض بفائدة.⁽¹⁾

إن تأخذ المرأة مؤجرة الرحم مقابلاً لحملها وتحملها مشاق وآلام الحمل والولادة، لكن ذلك لا يمنع من أن تحمل المرأة إيثاراً من دون أن تأخذ مقابلاً لحملها، باستثناء المصاريف الضرورية كمصاريف الغذاء، والحمل، والولادة، والتكاليف الطبية، وهذا ما تشترطه بعض القوانين في الدول الغربية، ومنها بريطانيا، لنفي الصفة التجارية عن عقد تأجير الرحم.⁽²⁾

ويمكن القول إن هذا الاتفاق إما بمقابل أو من دون مقابل:

فقد تقبل الأم البديلة بالحمل لمصلحة الآباء المعنيين مقابل تعويض نقدي معين، ليس فقط لتغطية التكاليف الطبية للتلقيح الصناعي والولادة بل كأجرة على حملها، ويتم تأجير الرحم لفترة الحمل حتى الولادة بموجب عقد ثم تسلم الوليد إلى الأبوين اللذين دفعا قيمة هذا العمل.

وعندما تتدخل المكاتب أو المؤسسات التجارية في الوساطة بين أطراف العقد يصبح عقد تأجير الرحم عملاً تجارياً وفقاً للقوانين التي تسمح بذلك.

(1) د. محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص46 وما بعدها

(2) ومن هذه القوانين: قانون الأم البديلة عام 1985، وقانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 1990 في المملكة المتحدة البريطانية.

وقد تقبل الأم البديلة بالحمل لمصلحة الغير من دون أن تأخذ أي مقابل نقدي مقابل حملها، وعادة ما تكون متبرعة إحدى قريبات الزوجة، أو أمها، أو أختها، أو زوجة ثانية للزوج نفسه، أو صديقتها، فهو تبرع بمنفعة الرحم، أي تقوم بإعارة رحمها.

فيكون أطراف هذا العقد هم: المرأة مؤجرة الرحم "الأم البديلة" التي تقدم خدماتها بالحمل لمصلحة الغير (الطرف الأول)، والآباء المفوضون (أو الآباء المعنيون) الذين يرغبون بالحصول على طفل (الطرف الثاني)؛ فقد يشترك كلاهما أو أحدهما في تكوين الطفل. وقد لا تربطهم بالطفل أي جينات وراثية، فقط يدفعون تكاليف الحمل والولادة ومن ثم يصبحون آباء قانونيين للطفل الذي يولد. وغالباً ما يكون هناك (طرف ثالث) ضماناً لتنفيذ هذا العقد وهي مؤسسات أو وكالات تأجير الأرحام.

الفقرة 5- عقد محدد يرد على منفعة:

العقد المحدد، هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد عند التعاقد مقدار غرمه وغنمه فيه، كبيع شيء بثمن معين، فيحدد فيه وقت إبرامه مدى الأداءات الواجبة على الطرفين.⁽¹⁾

وفي عقد تأجير الرحم يعلم أطراف العقد، وقت إبرام العقد، المقدار الذي يأخذه، والمقدار الذي يعطيه كل منهما، فمؤجرة الرحم تعلم بأنها ستسلم لهما

(1) د. محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

الطّفل عند الولادة مقابل الحصول على الأجرة، إن كان العقد بأجر، وبالمقابل فالزّوجان يعلمان بأنهما سيدفعان الأجر لمؤجرة الرّحم كمقابل لحملها إضافة إلى تكاليف الولادة.

إذ أنّ عقد تأجير الرّحم يرد على منفعة الرّحم لمدة تمتد من زرع البويضة المخصبة إلى غاية الولادة، وهذه المنفعة تتمثل في احتواء الجنين وتغذيته.⁽¹⁾

(1) بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، المرجع السابق، ص197.

المبحث الثاني

أسباب ظهور عقد تأجير الرحم

تعددت أسباب ودوافع اللجوء إلى هذه الوسيلة في الإنجاب، وهو ما أسهم بزيادة الطلب عليها، حتى أصبح تأجير الرحم، حسب تقارير جهات مختصة، "ظاهرة عالمية" تمس القارات الخمس، وقد أرجعت تلك التقارير هذا التزايد على طلب تأجير الرحم إلى أسباب متنوعة منها العلمية، والديموغرافية، والقانونية، والاجتماعية.⁽¹⁾

ويرى بعض الفقه أن تطوير الأبحاث البيولوجية من ضمن الأسباب العلمية التي دعت إلى ظهور مثل هذه الوسيلة، فهذا الأمر لم يبن على فراغ إنما على فكر علمي بيولوجي، وقام على اختبارات وتجارب، وانبعث من فكر اقتصادي مادي له أبعاده ومدلولاته، ولو لم يكن ذلك ظاهراً، فهذا الأسلوب له دوافعه من ناحية التجارب البيولوجية المندمجة بالتطور التكنولوجي.⁽²⁾

⁽¹⁾ Hague Conference on Private International Law, Report on issue arising from International Surrogacy Arrangements, March 2012.p;8. and see the reports:2014, 2015, 2016, 2017 about Surrogacy.

راجع تقارير مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص حول القضايا الناجمة عن عقود تأجير الأرحام الدولية على الروابط الآتية:

(<http://www;hcch.net/en/project/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

[http://www;hcch.net/en/news\]archive/details/?vaerevent=329](http://www;hcch.net/en/news]archive/details/?vaerevent=329).)

تم الرجوع إليها بتاريخ 2017/6/3 الساعة:2:56

⁽²⁾ د. هيام السمحاوي، إيجار الرحم، المرجع السابق، ص70.

بينما يرى بعضهم الآخر أنّ تأجير الرّحم غير مرتبط بالتّطور التّكنولوجي في مجال الطب، بل هو أمر قديم يعود إلى آلاف السّنين الماضية، فقد كان شائعاً في العهد الروماني وعُرف بـ: إيجار البطن "ventrem locare"، حيث كان يمكن للرّجل الروماني أن "يعير أو يؤجر" زوجته مؤقتاً لرجل آخر تلد له طفلاً، إذا كانت زوجته عقيماً.⁽¹⁾ وقد استدلووا على إباحة فعلهم، بقصة سارة زوجة سيدنا إبراهيم حيث كانت عاقراً، فقدمت لزوجها جاريته هاجر لينجب منها فعُرفت هاجر بأنّها "الأمّ البديلة".⁽²⁾

ولكن هذا الرّأي تعرض للنقد، فقد وهبت سارة جاريته لسيدنا إبراهيم عليه السّلام فأصبحت ملك يمينه، وأنجبت له إسماعيل عليه السّلام، فلم تكن أمّاً بديلة.⁽³⁾

ومن الأسباب الديموغرافية لظهور عقد تأجير الرحم، ما يهدف له الكيان الصّهيوني الذي يعاني من قلة السّكان ويود الزّيادة في تعدادهم، فهو يشكل نظاماً

⁽¹⁾ Marie –Xavière CATTO, la Revue des Droits de l'Homme, la Gestation pour Autrui; d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts, n°3, Institut de Droit Comparé Paris II Panthéon– Assas, juin 2013, p.102.

⁽²⁾ Ted Peters, Surrogate Motherhood; An Ethical Puzzle, in for the love children; Genetic Technology and the Future of the Family (Don R.Browning & Ian S.Evison ed..1996).

⁽³⁾ ومعنى ملك اليمين مصطلح يشير إلى النساء والرجال الذين كانوا يسبون في المعارك، فكل من أُسر في المعركة كان يطلق عليه "ملك اليمين" ويملكه صاحبه، ويحق له بيعه.. وفي عصرنا الحالي لا يجوز ملك اليمين بعد اتفاقيات منع أشكال الرق عالمياً، وقد حارب الإسلام كثيراً من أشكال الرق وشجع على تحرير الأرقاء وحسن معاملتهم.

قانونياً لتشجيع الأفراد على إجراء مثل هذه العمليات، ليس من أجل مساعدة الأزواج كما ادعوا أو من أجل حقهم في الإنجاب، إنما من أجل زيادة النسل وتوسيع الكيان الصهيوني.⁽¹⁾

وسوف أبحث في الأسباب التي تتعلق بأطراف العقد، مستأجري الرحم من ناحية، وصاحبة الرحم من ناحية ثانية، ووكالات أو شركات تأجير الرحم من ناحية أخرى. لذا سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : أسباب عقد تأجير الرحم بالنسبة إلى أطراف العقد.

المطلب الثاني : أسباب عقد تأجير الرحم بالنسبة إلى شركات الوساطة.

(1) حيث كانت الهند هي الخيار المفضل لتأجير الأرحام بالنسبة إلى لإسرائيليين حتى تم تعديل القانون في الهند عام 2013، وبموجبه يمنع الأزواج المثليين ممن لم يمر على زواجهم أكثر من عامين من استخدام الأمهات البديلات في الهند، وأدى تعديل القانون إلى اتجاه الهنديات إلى نيبال، ومن ثم حولت وكالات تأجير الأرحام الإسرائيلية عملياتها من الهند إلى نيبال. وقد أعلنت وزيرة الصحة الإسرائيلية عن افتتاح سوق لتأجير الأرحام للأزواج أحادي الجنس. ويسمح القانون الإسرائيلي ب عقود تأجير الأرحام بموجب القانون الذي صدر عام 1996، حيث يجب الموافقة عليها من قبل الدولة؛ من لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء في علم النفس السريري، واختصاصي اجتماعي، وممثل عام عن الطرفين وشخص من رجال الدين... للاستزادة انظر:

Dr; Poonam Pariya, womb on rent ; Surrogacy tourism in India ethical or commercial, Department Management Pranithi degree college, A.p, India, 2015, vol2, Issue 4, P. 194-205.

المطلب الأول

أسباب عقد تأجير الرحم بالنسبة إلى أطراف العقد

تختلف أسباب عقد تأجير الرحم بالنسبة إلى أطراف هذا العقد. فما الذي يدفع الأزواج إلى الاستعانة برحم امرأة أخرى في الإنجاب؟ وما الذي يدفع امرأة لتتخلى عن دورها بالحمل لتحمل عنها امرأة أخرى؟! والأهم من ذلك ما الذي يدفع صاحبة الرحم أن تضع عضواً من جسدها تحت منفعة الغير وتحمل مشاق وآلام الحمل والولادة من دون أن تتمتع بثمرة حملها؟ وعلى ذلك سنبحث في أسباب عقد تأجير الرحم بالنسبة إلى مستأجري الرحم، ومن ثم بالنسبة إلى صاحبة الرحم.

الفقرة 1- أسباب عقد تأجير الرحم بالنسبة إلى مستأجري الرحم:

إنّ ما يدفع الأزواج إلى اللجوء للإنجاب بوساطة تأجير الرحم، على نحو عام، هو الرغبة في تحقيق غريزة الأبوة والأمومة، في حال لم يتمكنوا من الحصول على الأطفال بالطرق الطبيعية لذلك. فمن ضمن الأسباب المباشرة لظهور عمليات تأجير الأرحام مسألة العقم عند الأزواج.⁽¹⁾

¹ العقم sterility: هو "عدم القدرة على الإنجاب" يصيب الرجل والمرأة وله درجات، عقم جزئي وعقم كامل، ويعود العقم لأسباب هرمونية، أو شكلية، أو وظيفية...أو هو فشل الحمل بعد مضي سنة من على المعاشرة الزوجية. للمزيد راجع : اسبيرو فاخوري، العقم عند النساء والرجال، دار الملايين ، بيروت 1979. و يفرق بعضهم بين العقم (Sterility) وعدم الإخصاب (Infertility)؛ إذ إن العقم هو عدم الإنجاب الذي ليس له علاج ناجح حتى الآن، والذي ينتج عن جملة من الأمراض الخلقية

حيث يلجأ أثرياء الصين إلى أمريكا من أجل استئجار أرحام الأمريكيات والإنجاب منهن بسبب الارتفاع الكبير في معدلات العقم في الصين.⁽¹⁾ رغم أن 6,1 مليون امرأة في سن الإنجاب، في الولايات المتحدة الأمريكية، تعاني من نوع ما من أنواع العقم الذي يمنعهن من إنجاب أطفال من دون تدخل طبي أو مساعدة طرف ثالث في الإنجاب.⁽²⁾

والوراثية الشديدة التي تصيب الجهاز التناسلي، وعلى وجه الخصوص الغدة التناسلية فغياب الخصية أو عدم وجودها أو عدم وجود مبيض أو شذوذ تكوينه وغيرها من الحالات المماثلة. أما عدم الإخصاب فهو يشمل كل حالات عدم الإنجاب القابلة للعلاج، ويعرف طبياً عدم الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع الحمل...راجع : د.فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 1426 هـ. ص183.

⁽¹⁾ جاء في تقرير لجريدة " التايمز البريطانية" إن لجوء الصينيين إلى استئجار الأرحام الأمريكية من أجل الإنجاب، سجل ارتفاعاً بنحو 10 أضعاف في عام 2012. كما أن النسبة تضاعفت خلال العامين 2013 و2014. وجاء الارتفاع الكبير من قبل الصينيين نتيجة ارتفاع العقم إلى نسب قاسية، حيث يبلغ حالياً 12.5% مقارنة مع 3% من البالغين كانوا يعانون من العقم قبل عشرين عاماً. وتحظر القوانين في الصين تأجير الأرحام، وهذا يدفع الأثرياء إلى اللجوء للولايات المتحدة الأمريكية التي تتيح قوانينها ذلك، كما أن مستشفياتها وأجهزتها الصحية تتيح أيضاً تقديم خدمات جيدة في هذا المجال. للمزيد راجع الرابط الآتي:

<http://www.albaraiaan.net/entertainment/womens-world/2015/9/30/why-weaithychinese-rent-wombsAmericanswomen.>)

تم الرجوع إليه الساعة 12 ظهراً، بتاريخ 2016/11/23.

⁽²⁾ Center for Disease Control, National Center for Health Statistics, available at (<http://www.cdc.gov/nchs/fatats/fertile.htm>.) see; Steven H. Snyder and Mary Patricia Byrn, The use of prebirth parentage orders in surrogacy proceedings, Application of the ABA of family law, American Bar Association All rights reserved 2005, P.636.

كما أنّ السبيل الوحيد للإنجاب بالنسبة إلى الأسر الأحادية، والأزواج من الجنس ذاته، وبالنسبة إلى المرأة التي تفتقر إلى رحم قابل للإنجاب، هو استخدام تقنية تأجير الرحم.⁽¹⁾ ومن ثم فإنّ ما يدفع المرأة إلى التخلي عن دورها الطبيعي بالحمل والولادة يعود لعدة أسباب، وهي:

أولاً_ الأسباب الطبية:

فالأصل أنّ اللجوء إلى مثل هذا العقد يجب أن يكون لأسباب طبية؛ لا تمكن المرأة أن تتجب أطفالاً لعدم إمكان الحمل في رحمها، ويكون الحل الطبي هو ما توصل له العلم الحديث والتّقنيات المتطورة من إمكان تلقيح مائها بماء زوجها أو غيره، في وعاء اختبار، ثمّ تنقل اللقيحة بعد تكاثرها إلى عدد من الخلايا تصل إلى مرحلة (التوتة)، وتررع في رحم امرأة أخرى في اليوم الرابع أو الخامس من التلقيح حيث تحملها وتنمو لتصبح جنيناً يولد ويسلم إلى من دفع

(1) وذلك في الدول الغربية التي نشأ فيها عقد تأجير الرحم، قد لجأ العديد من المشاهير إلى عمليات تأجير الرحم للحصول على أطفال، بعضهم كان لديه أطفال، وبعضهم الآخر وجد حلاً للحصول على أطفال رغم أنهم من مثليي الجنس. فقد استعانت "نيكول كيدمان" بامرأة أخرى عام 2010 نظراً لما واجهت من صعوبات بالحمل، وكذلك "الين بومبيو" هي أيضاً واحدة من المشاهير الذين استخدموا أمّاً بديلة وكذلك "سارة جيسكا" و"إليزابيث بانكس"، وهذا الخيار لم يقتصر على النساء فحسب، ولكن الرجال المشاهير أيضاً إما لأسباب تتعلق بميولهم الجنسية مثل "نيل باتريك هاريس" المثلي الجنس الذي لجأ لتأجير الأرحام ليكون لديه ولد، أما "كريستيانو رونالدو" فأعلن عام 2010 أنه أصبح والد من خلال تأجير الرحم. انظر: مشاهير لجؤوا لتأجير الأرحام، مقال منشور في جريدة اليوم السابع، الجمعة 20 نوفمبر 2015 الساعة 11:4 م، على الرابط الآتي: www.Youm7.com/sory/2015/11/20 تم الرجوع إليه بتاريخ 2016/2/7، الساعة 5:30 مساءً.

الثمن.. ضمن مراحل من المتابعة والعناية الطبية في الحمل وفي أثنائه،⁽¹⁾ وهذه الأسباب متعددة نذكر بعضها على سبيل المثال:

1_ حالة استحالة الحمل:

كأن يكون هناك مانع طبي يمنع المرأة من استخدام رحمها وقيامه بالوظيفة التي أنيطت به، فقد يكون رحم المرأة معيماً بحيث لا يستقر الحمل فيه ومبيضها سليماً، وقد تولد المرأة بدون رحم، أو كان رحمها مستأصلاً بسبب مرض من الأمراض، والمبيض منتج.⁽²⁾

2_ الخوف من انتقال الأمراض الوراثية إلى المولود عن طريق أمه البيولوجية.⁽³⁾

3_ الخطورة على صحة المرأة:

إذ يمكن أن تخشى الزوجة من مخاطر الحمل المتأخرة لاسيما إذا كانت في سن متقدمة، وتخشى تغيرات الحمل الجسدية وتأثيرها في جسمها، أو من حدوث مضاعفات شديدة تهدد حياتها كالإصابة بتسمم الحمل وغيره. وقد لا

(1) د. هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الثالث، 2011، ص 279.

(2) د. هند الخولي، المرجع السابق، ص 278.

(3) د. حنان الخطيب، وسوسن جبيري وخلود السلطي، آخر التطورات حول أطفال الأنابيب، رسالة دكتوراه جامعة دمشق، مطبعة دمشق، 1987، ص 36.

تكون لدى المرأة القدرة على استكمال مدة الحمل حتى نهايته كحالة الإسقاط المتكرر أو ولادات مبكرة قبل أوانها.⁽¹⁾

ثانياً_ الأسباب الاجتماعية:

فقد تكون المرأة سليمة وقادرة على الحمل، لكنها تفضل استئجار رحم امرأة أخرى لظروف اجتماعية تحيط بها، كأن تكون المرأة في مركز مرموق لا تستطيع مع الحمل القيام بواجباتها الوظيفية، فقد تشغل منصباً مهماً وترغب في إنجاب أولاد من دون أن تكون مضطرة إلى التوقف عن العمل مثلاً.

وفي بعض الأحيان تريد المرأة الحصول على مولود بعيداً عن آلام الحمل والولادة والأوجاع المصاحبة لهما من دون تعريض جسمها للإرهاق، أو التأثيرات السلبية للحمل، أو تخشى على نضارة وجهها، ورشاقة جسمها، فتوكل غيرها في حمل الوليد.⁽²⁾ وهذا ينتشر حالياً في طبقة الأثرياء في أوروبا والبلاد العربية.

الفقرة -2- أسباب تأجير الرحم بالنسبة إلى صاحبة الرحم:

أظهرت دراسة أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية أنّ دوافع المرأة التي تقبل "حمل" طفل وتركه، بعد ولادته، لغیرها متنوعة ومتعددة وتختلف من حالة لأخرى. وتتراوح هذه الدوافع بين الإيثار الخالص إلى التجارة الصرفة، أو الرغبة

(1) د. محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي نظرة إلى الجذور، الدار السعودية للنشر، 1985، ص 93.

(2) د. حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من تأجير الأرحام، دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، معارف الإسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 18.

في خدمة الغير، أو إشباع حاجة شخصية.⁽¹⁾ وأهم الأسباب التي تدفع صاحبة الرحم إلى تأجير رحمها تتمثل في:

أولاً. الرغبة في أداء خدمة للغير:

إنَّ الأسباب التي تدفع النساء إلى تأجير الأرحام كأمّ بديلة لا تتوقف على الأسباب المادية فقط، فهناك بعض النساء ممن يتمتعن بحالة الحمل نفسها، وهناك من تظن أنَّ هذا الأمر يعطي معنى لحياتهن كأنهن متبرعات بالأعضاء، وهناك من يبحثن عن السعادة في مساعدة الآخرين.

فقد تكون هذه الرغبة عامة، فتقدم إلى أي زوجين لا يمكنهما الإنجاب طبيعياً من دون أي اعتبارات أخرى؛ وقد تكون رغبة خاصة كأن يكون الزوجان الراغبان في الإنجاب على صلة قرابة أو تجمعها صداقة بالأمّ البديلة، وتكون هذه الرغبة من دون أي مقابل، وذلك بحسب الدافع على موافقة مؤجرة الرحم منذ البداية.⁽²⁾ ولكن معظم هؤلاء النساء تحركهن الحاجة المادية، فالتبرع هنا يكون نادراً، وحتى في حالة التبرع فإنَّ الأم البديلة تتقاضى مبالغ مالية كنفقات الحمل من علاج، وغذاء، ولباس، وتعويض عن تأثيرات الحمل في جسدها...الخ

(1) See; Parker Philip J, Motivation of surrogate mothers; initial findings, American Journal of Psychiatry, 1983, p; 140-170.

(2) د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص70.

ثانياً_ الرّغبة في الحصول على المال:

إنّ ما يدفع الأمّ البديلة للقيام بمهمة الحمل لمصلحة الغير، وتحمل متاعب الحمل و مشاقه، غالباً ما يكون الرغبة بالحصول على المال. فمن الدّوافع التي أدت إلى ظهور مثل هذه الوسيلة "الدّافع الاقتصادي". في البداية كان يمارس من خلال الشّركات والمؤسسات وأصبح بعد ذلك يمارس على مستوى الأفراد.⁽¹⁾

وعلى الرّغم من أنّ الأمومة من أكثر الغرائز رقيّاً إلا أنها تحولت في بعض الأحيان إلى سلعة رخيصة تداولها بعض الأشخاص للمتاجرة والرّبح، لتظهر تجارة من نوع جديد" تأجير الأرحام" والتي أصبحت من إحدى مظاهر تداعيات الفقر في بعض الدّول النّامية مثل الهند، وتايلاند، والمغرب العربي.

ونذكر دولة كالهند مثلاً، فقد تحولت الهند إلى واحدة من أبرز البلاد النّشطة بمجال تأجير الأرحام، بل وأطلق عليها "عاصمة تأجير الأرحام عالمياً" مع وصول قيمة نشاط "سياحة الخصوبة" إلى أكثر من 400 مليار دولار سنوياً.⁽²⁾

⁽¹⁾ فقد أنشأت أربع شقيقات في المكسيك شركة عائلية لتأجير الأرحام بسرية للأزواج المثليين الأوروبيين ليصل دخلهن سنوياً قرابة 10 آلاف يورو عن الطفل الواحد. وحسب تقرير نشرته صحيفة "ديلي ميل" البريطانية، فقد فضلت الأخوات العاطلات عن العمل تأجير أرحامهن من أجل كسب الآلاف من الأوروبيين اليائسين الذين على استعداد لدفع مبالغ كبيرة مقابل الحصول على طفل، عوضاً عن دخول مجال الدعارة الذي يجلب لهن القليل من المال. راجع الرابط الآتي: <https://Arabic.rt.com/news/820987-4> تم الرجوع إليه الساعة 9:41 مساءً، بتاريخ 2017/10/5.

⁽²⁾ وذلك حسب تقرير صادر عن الأمم المتحدة في مؤتمر لاهاي الدولي:

Hague Conference on Privet International Law...2012, id, P.8.

لذا تنتشر فيها وظيفة جديدة تحت اسم "الأم البديلة"، وتعدّ هذه الوظيفة هي الأحدث ضمن قائمة طويلة من الوظائف التي تستند عليها العمالة في الهند.⁽¹⁾ ويوجد في الهند حوالي ثلاثة آلاف عيادة لتأجير الأرحام؛ تُقدم خدمة تأجير الأرحام بأسعار أرخص كثيراً عنها في الغرب، إضافة إلى خدمات شاملة وتجمع بين "صاحبة الرحم المؤجر" والشخصين اللذين تقتصر مهامهما على تقديم البويضة المخصبة، ويتم توقيع الاتفاق بين الأبوين والأم صاحبة الرحم المستأجر، ويلتزم كل طرف بالتكفل بكافة الأتعاب الطبية إضافة إلى دفع مبلغ محدد كأتعاب، وتكلف العملية في مجملها قرابة 25 ألف إلى 30 ألف دولاراً وهي أقل من التكاليف داخل الولايات المتحدة الأمريكية.⁽²⁾

(1) فقد سمحت الهند باستئجار الأرحام تجارياً في قوانينها عام 2002، لذا أصبحت مقصداً مفضلاً للراغبين في الإنجاب من بريطانيا والولايات المتحدة وأستراليا واليابان.. الخ، ثم عدلت القانون بحيث يقتصر على إباحة تأجير الأرحام من الخارج على الأزواج من دون الأفراد في عام 2013. See; Poonam Pariya, Womb on rent ;Surrogacy Tourism ...,id, 194,196.

(2) حيث إن عيادات تأجير الأرحام بنظر أصحابها عيادات طبية، لكنها بالنسبة إلى ناشطين في حقوق الإنسان هي "مصانع أطفال"، وعلى ذلك فإن عقود تأجير "بنظرهم" ما هي إلا إحدى حالات الاتجار بالبشر كونها تتنافي مع الشرعية الدولية لحقوق الإنسان. انظر لقاء على قناة (MBC) مع المحامي صدام عزام الناشط في مجال حقوق الإنسان من الأردن بتاريخ 2013/10/4. على الرابط الآتي: (<http://www.mbc.net/ar/proram/mbc-in-week/articales>) تم الرجوع إليه بتاريخ 2016/11/2 في الساعة: 6:30 مساءً.

المطلب الثاني

أسباب عقد تأجير الرحم بالنسبة إلى شركات الوساطة

ظهرت شركات تأجير الأرحام في أوروبا وأمريكا كوسيط بين الأطراف بناءً على عقود تتضمن الالتزامات وحقوق الطرفين، حيث تقوم هذه الشركات بفتح الباب أمام النساء الراغبات في الحمل لحساب الغير، كي تتولى تلبية رغبات الأسر التي تريد الإنجاب بطريقة استئجار الرحم وذلك مقابل أجر معلوم، وبالمقابل فإن مثل هذه الشركات تتقاضى أرباحاً كبيرة مقابل السمسرة بين الأزواج الراغبين بإنجاب الأطفال وبين النساء الراغبات بالحمل لمصلحة الغير.

وقد ظهرت هذه الشركات أول مرة في عام 1989 بافتتاح أول مؤسسة دولية على الصعيد الأوروبي لتأجير الأرحام وذلك في مدينة "فرانكفورت" الألمانية، وقد قام بتأسيسها المحامي الأمريكي "نويل كين" وهو المؤسس أيضاً لمؤسسة مماثلة في ولاية "ميتشغان" الأمريكية. ثم أنشأت وكالات شبيهة متخصصة للسمسرة بين الأمهات المستأجرات وبين الزبائن ذوي الحاجة في بعض الولايات المتحدة الأمريكية يتوافد عليها عدد كبير من الأزواج القادرين مادياً على دفع تكاليف هذه العملية؛ وتشمل النفقات القانونية والطبية والمبالغ المدفوعة لوكالات تأجير الأرحام وللاُمّ البديلة والمانحين، إضافة إلى تكاليف

التأمين الصحي. وتعدّ التكاليف في الولايات المتحدة مرتفعة إذا ما قورنت بالدول الأخرى.⁽¹⁾

كما بدأت تظهر شركات تأجير الأرحام في بعض الدول الأخرى مثل المكسيك، وكمبوديا، واليونان، فأصبحت العديد من الدول سوقاً "لسياحة الخصوبة" Reproductive Tourism".⁽²⁾ فلم تعد الهند الدولة الوحيدة التي تستفيد من هذه العقود، بل إن شركات تأجير الأرحام في روسيا، وسلوفانيا، وأوكرانيا، وتايلاند أيضاً تنشد الوصول إلى الأسواق التجارية من خلال الإعلانات على الشبكة لاستئجار الأرحام لجذب العملاء من جميع أنحاء العالم.⁽³⁾ وعلى وجه التحديد فإن شركات تأجير الأرحام السلوفانية، والروسية تناضل لكي يكون لها نصيب في الطلب على استئجار الأرحام التجاري من قبل الأزواج العقيمين في الدول ذات القوانين الصارمة مثل إيطاليا وفرنسا.⁽⁴⁾ حيث إنّ الصعوبات التي تواجه الأزواج غير القادرين على الإنجاب في الدول

⁽¹⁾ See; Alex Finkelstein, surrogacy law policy in U.S..., Id. P.7.

⁽²⁾ وتعني السياحة الإنجابية أو سياحة الخصوبة: الوجهة الأولى للراغبين في استئجار رحم، حيث صارت بعض الدول " أيقونة تأجير الأرحام". وتعكس قضية تأجير الأرحام أبعاد دولية وتعقيدات متزايدة. See; id.

⁽³⁾ See; Katarina Lee, Worldwide Surrogacy Laws, (Comment on Reproductive Ethics), M.A. Copy right 2015. P;1-2. and Cf. Hague Conference on Private International Law, A study of legal parentage and issue arising from International Surrogacy arrangements, March 2014, Section (130).

⁽⁴⁾ See; Alex Finkelstein, Surrogacy law policy in the U.S...,Id, p.6.

الأوروبية التي تمنع تأجير الرّحم أو تضع قوانين صارمة لتنظيمه، تجعلهم يتجهون إلى الخارج بحثاً عن الأمهات البديلات؛ بسبب قيود ماليّة أو قوانين داخلية. لذا فإنّ الدّوافع الأولى لمعظم الأزواج الأوروبيين المشاركين في سياحة الخصوبة هي القوانين الصّارمة في بلادهم.⁽¹⁾ إذ تشارك وكالات تأجير الأرحام، وعيادات الخصوبة، والمؤسسات الصحيّة، وشركات السياحة الطّبية؛ بصناعة تأجير الأرحام، حيث يختلف تنظيم وكالات تأجير الأرحام بين الدّول؛ فبعض الوكالات تجند الأمهات البديلات لديها وتعرض أسماء ومواصفات الأمهات في "كتالوج" ليتمكن الآباء المعنيين من اختيار أمّ بديلة، ومن ثمّ تتوسط بين الآباء المعنيين والأمهات البديلات بإبرام تلك العقود بوساطة محامي. وفي دول أخرى عادةً ما تكون الأمّ البديلة مستقلة عن العيادات الطّبية وهي من تعرض خدماتها على الوسطاء.⁽²⁾

فقد أدى ظهور مثل هذه الشّركات إلى تحول القيمة الإنسانية إلى قيمة مادية خاضعة للسمسرة والمساومة والعرض والطلب، وتحولت الأمومة إلى سوق للربح والتّجارة!!! فالأسباب التي تدفع هذه الشّركات لتولي مهمة إبرام تلك العقود ما هي إلا أسباب مادية بحتة. فنحن هنا لم نعد نتكلم عن نظرة علميّة أو تجربة طبيّة ما تزال سجيّة داخل جدران أحد المختبرات، إنما نتكلم عن واقع ظهر وانتشر في دول العالم وافتتحت لأجله مؤسسات ومراكز وشركات طبيّة تستقطب الرّاعبين والرّاغبات في إجراء مثل هذه العملية.

⁽¹⁾ See; Id

⁽²⁾ See; id

حيث لاقت هذه الشركات استككاراً شديداً في بعض الدول الأوروبية من قبل بعض الفئات المعارضة لتأجير الأرحام، والتي تسعى للمحافظة على القيم الأخلاقية والإنسانية في المجتمع؛ نتيجة لكثرة عقود تأجير الأرحام في مختلف أنحاء أوروبا. واتخذت هذه العقود شكلاً استثمارياً في أمريكا، فتراجعت المشاعر الإنسانية وحلت محلها مصالح مادية لدى الفقيرات التي استعانت بأرحامهن كمصدر للدخل من دون النظر إلى ما يترتب على عقود تأجير الأرحام من إنشاء علاقات قانونية، وما ينتج عنها من مشكلات قانونية معقدة، وانعكس ذلك بطبيعته على القضاء. (1)

بعد أن بينا مفهوم عقد تأجير الرحم، وخصائصه، وأسبابه يثور السؤال حول مدى مشروعية هذا العقد، وهذا ما سآبنيه في الفصل الثاني من هذا الباب.

(1) لذا أوجب البرلمان الأوروبي معاقبة النشاط التجاري الذي يهدف إلى تأمين أم بديلة، ومنع المؤسسات من أن تقوم بهذا النشاط. ولكن المجلس الأوروبي (EC) لم يضع معاهدة تعطي إطاراً قانونياً لقضية تأجير الأرحام على وجه التحديد.

See ;The ethical case against surrogate mother hood, what we can learn from law of other European countries, by the Iona Institute, 23 Merion square p.14. at this link;(http://www.Dublin2.www.ionanstitute.ie), (last seen12/3/2017, 3;30pm)

الفصل الثاني

مدى مشروعية عقد تأجير الرّحم

تمهيد:

أثار عقد تأجير الرّحم جدلاً واسعاً في الأوساط القانونيّة والطّبيّة، وظلّ الفقه القانونيّ منقسماً على نفسه ومتردداً بين الحظر والإباحة، فبينما يرى بعض الفقهاء أنّ هذه الوسيلة فيها تحديات لمبادئ القانون إضافة إلى اختفاء الطّابع الإنساني منها إذ أنّها متاجرة فيما هو مقدس لدى البشر "رابطة الأمومة"؛ يرى بعضهم الآخر أنّ هذه العملية كمثيلتها من طرق الإنجاب الصّناعي تمثل باباً من الأمل انفتح لزوجين عقيمين؛ ولا ينبغي بأيّ حال غلقه ثانية، وخاصةً عندما يكون هذا العمل تبرعاً وإيثاراً، إذ يجري الترويج له بوصفه تعافياً مع الأزواج العقيمين؛ وبالمقابل منهم من يرى أنّ تأجير الرّحم يعدّ جريمة بحد ذاتها يجب المعاقبة عليها.⁽¹⁾

كما أثار عقد تأجير الرّحم جدلاً واسعاً حتى بالنسبة إلى الدّول التي تجيزه وتعتترف بمشروعيتها، فليس هناك توافق بالآراء حول كيفية التعامل مع عقود

⁽¹⁾ ومن القائلين بتجريم تأجير الرّحم: د. معن خليل العمر، جريمة استئجار الأرحام وأثرها في تفكيك الأسرة، جامعة نايف للعلوم الأمنيّة، السّعودية، الجلسة الرابعة، الجريمة المعاصرة: المنظور النفسي والاجتماعي، دون تاريخ نشر، ص4 وما بعدها.

تأجير الأرحام في جميع أنحاء العالم، ولا تزال هذه العقود غير منظمة في بعض الدول. وتنقسم مواقف الدول تجاه عقد تأجير الرحم بين مبيحة وممانعة.⁽¹⁾ لذا يمكنني التمييز فيما يتعلق بالنظام القانوني لعقد تأجير الرحم بين اتجاهين: الاتجاه الأول: يحرم عقد تأجير الرحم ولا يترتب له آثاراً، والاتجاه الثاني: يبيح عقد تأجير الرحم ويرتب له آثاراً قانونية. لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: تحريم عقد تأجير الرحم.

المبحث الثاني: إباحة عقد تأجير الرحم.

(1) فقد أظهرت التقارير الصادرة في هذا الموضوع ومنها تقرير اللجنة الدولية للحالة المدنية الصادر عام 2012، والتقرير الصادر عن البرلمان الأوروبي عام 2013، والتقرير الصادر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص حول المشاكل الناجمة عن عقود تأجير الأرحام على الصعيد الدولي لعام 2014، اختلاف التشريعات الوضعية في موقفها من تأجير الرحم حيث تباينت مواقف الدول بين مانع ومبيح. انظر:

La commission internationale de l'état civil, la maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans états membres de la GIECM 2014. et Parlement Européen; le Régime Applicable a la Maternité Substitution au sein des Etats l'UE 2013.P.3. et Conférence de LA HAYE,OP.CIT.,2012,op.cit.

المبحث الأول

تحريم عقد تأجير الرحم

تعدّ حماية جسم الإنسان وحرمة جسده من المصالح الضّرورية التي عنيت بها الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعيّة كافة. لهذا فهي تقرر الحرمة التامة لجسم الإنسان، وتمنع شتى أنواع الاعتداء وصنوف الأذى التي تعوق السّير الطّبيعي لحياة الإنسان أو تؤدي إلى انتقاص التّكامل البدني للإنسان أو إلى خلل في أداء أجهزة جسمه وأعضائه لوظائفها الطّبيعية. كما أنّه ليس للإنسان أن يفعل ذلك بنفسه، كأن يقتل نفسه أو يتلف بعض أعضاء جسمه، لأنّ الحق في سلامة الجسد حق مشترك بين الله والعبد فليس له إسقاطه. كما أنّ هذا الحق هو من الحقوق الملازمة للشّخصية، وأهم ما يميز هذه الحقوق عدم قابليتها للتصرف، فهذه الحقوق وثيقة الصّلة بالإنسان، وهي ملازمة لصفته كإنسان، ولا يمكن أن تنفصل عنه، فهي ليست إلا امتداداً ضرورياً له.⁽¹⁾

ونظراً إلى ما يتمتع به جسم الإنسان من حماية وحرمة، اتجه معظم الفقهاء المعاصرين، وبعض القوانين الوضعيّة إلى تحريم تأجير الرّحم أو إعارته. ويأتي

(1) د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عملية زرع الأعضاء، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975، ص 23-42.

القانون الفرنسي في مقدمة القوانين التي تمنع تأجير الأرحام استناداً إلى مبدأ حرمة الجسد البشري من جهة، وعدم قابليته للتصرف من جهة أخرى.⁽¹⁾

وقد أصدر البرلمان الأوروبي (EU) قراراً بتاريخ 16 / 3 / 1989 الذي أكد أنه يجب، وبشكل عام، رفض أي شكل من أشكال تأجير الأرحام. وأوجب القرار معاقبة النشاط التجاري الذي يهدف إلى تأمين أمّ بديلة، ومنع المؤسسات من أن تقوم بهذا النشاط. وأوصت جمعية الخبراء حول التطورات الطبية والاكتشافات الحديثة، على مستوى الاتحاد الأوروبي، بتاريخ 12/5/1987: "أنّ كرامة المرأة تفرض عليها أنّه لا يمكن أن يكون جسمها أداة لحساب وفائدة الغير. ونصت على أنه: "لا يجوز لأي طبيب أو مؤسسة أن يستعمل تقنيات الإنجاب الصناعي لأجل حمل الطفل من طرف الأمّ البديلة".⁽²⁾

كما أنّ الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الحيوي لعام 1997، التي وقعت في مدينة أفيديو في إسبانيا وملاحقها الإضافية، تكرر

⁽¹⁾ وهو تكريس لاجتهاد قضائي للهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص الأمومة بالإنابة، وتدل عليه المادة 21 من اتفاقية "أفيديو" التي تنص على أنه "لا يمكن أن يكون جسم الإنسان وأجزاءه مصدراً للربح..". وقد وقعت اتفاقية أفيديو بعنوان "حماية حقوق الإنسان و الطب الحيوي" في إطار مجلس أوروبا في مدينة أفيديو في إسبانيا بتاريخ 4/4 / 1997 لحماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري بمواجهة تطبيقات علم الأحياء والطب، ودخلت حيز التنفيذ عام 1999. وألحقت هذه الاتفاقية ثلاثة بروتوكولات: يتضمن البروتوكول الأول منع الاستئساخ البشري لغايات التكاثر، والثاني، يتعلق بزرع الأعضاء، والثالث، يتعلق بالبحوث الطبية الحيوية. راجع: د. فواز صالح، دراسات قانونية في الأخلاقيات الحيوية والطبية، المركز العربي للتعبير والتأليف والنشر، دمشق، 2015، ص50.

⁽²⁾ راجع الرابط الآتي: (<http://www.europari.eurpa.eu/portal/en>). تم الرجوع إليه الساعة:

2:30 ظهراً، بتاريخ 2017/4/1.

"مبدأ الكرامة الإنسانية" متمثلاً بحماية الكائن البشريّ ، من دون أي تمييز، في كرامته وهويته واحترام سلامة الإنسان في جسده وحقوقه وحياته الأساسية بمواجهة تطبيقات علم الأحياء والطب.⁽¹⁾

ولا يجوز انتهاك الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية، ويضمن الإعلان الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي الحق في احترام الكرامة الإنسانية، فقد جاء في ديباجته أن الله خلق الإنسان في أحسن تقويم وكرمه، وجعله خليفة في الأرض.⁽²⁾ فينبغي ألا نسلم بكل ما هو جديد سواء أكان نازلة أم ابتكاراً مستحدثاً، وخاصة ما يتعلق بجسد الإنسان لمجرد أنه سيخدم البشرية، فيجب أولاً دراسة المعايير والمقاييس لإجازة هذا المستحدث وذلك قبل تطبيقه والعمل به وكل هذا يتم من خلال إجراء موازنة بين ما هو صالح لمجتمعنا ومتفق مع شريعتنا الغراء وما هو فاسد ومناقض لها.

ويعدّ استعراض حكم الشريعة الإسلامية أمراً مهماً في هذا البحث لأنّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني من مصادر القانون المدني في سورية،

(1) كما نص الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان المعتمد من قبل المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو بتاريخ 19/10/2005 على الآتي: "يسعى هذا الإعلان إلى تحقيق الأهداف الآتية: أ. توفير إطار عالمي من المبادئ والإجراءات تسترشد بها الدول في صياغة تشريعاتها أو سياساتها؛ أو أي صكوك أخرى في مجال أخلاقيات البيولوجيا. ب. تعزيز احترام الكرامة الإنسانية وحماية حقوق الإنسان عن طريق ضمان احترام حياة البشر والحريات الأساسية بما يتفق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان". د. فواز صالح، دراسات قانونية...، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

(2) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 82.

في حال غياب التشريع، كما أن العلاقات الأسرية تخضع لقانون الأحوال الشخصية الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تحريم عقد تأجير الرّحم في القانون الوضعي .

المطلب الثاني: تحريم عقد تأجير الرّحم في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

تحريم عقد تأجير الرحم في القانون الوضعي

يأتي القانون الفرنسي في مقدمة القوانين التي تمنع عقد تأجير الرحم استناداً إلى مبدأ حرمة الجسد البشري من جهة، وعدم قابلية الجسد البشري للتصرف من جهة أخرى.⁽¹⁾ ومن الدول التي تمنع عقد تأجير الرحم صراحةً ألمانيا، وإسبانيا، وسويسرا، وإيطاليا.⁽²⁾

(1) Anne- Blandine Carie, Le corps gratuit; réflexions sur le principe de en matière d'utilisations de produits et d'éléments du corps humain, RDSS 2015, P.865.

(2) إذ يعدُّ عقد تأجير الرحم باطلاً في ألمانيا لما فيها من انتهاك لكرامة الطفل والأم البديلة، كما منع القانون السويسري عقد تأجير الرحم صراحةً في قانون المساعدة الطبية على الإنجاب، وعدل الدستور السويسري بوضع قواعد تنظم تقنية المساعدة الطبية على الإنجاب وبشكل خاص منع عقود الأمومة البديلة في المادة (119) من الدستور السويسري: "يعدُّ التبرع بالجنين وكل شكل من أشكال الأمومة بالإنابة غير قانوني" وتنص المادة (31) من قانون العقوبات: "أي شخص يستخدم للمساعدة على الإنجاب تقنية الأم البديلة يعاقب بالغرامة أو الحبس..." ومنع القانون الإيطالي عقد تأجير الرحم، في القانون رقم 40 لعام 2004، والذي يتعلق بتنظيم تقنيات الإنجاب المساعد. وذلك بموجب المادة (1325) من القانون المدني الإيطالي إذ جاء فيها: "تعدُّ باطلة كل العقود التي تتطلب من الأم البديلة الموافقة على الحمل لمصلحة شخص ثالث يتبنى الطفل بعد الولادة، وأي تسهيل لنقل حضانة الطفل".

وتتداخل مواقف الدول العربية في المسح الذي أجرته منظمة اليونسكو،⁽¹⁾ في أكثر الأحيان، فيما يتعلق بتقنيات الإنجاب المساعدة (ART) بغض النظر عما إذا كانت لديها قوانين نافذة بهذا الخصوص أو توصيات، أو مشروع توصيات، أو مشاريع قوانين، وتسمح جميع الدول بممارسة تقنيات الإنجاب المساعد للمتزوجين فقط (أي الزوج والزوجة) وتمنع تدخل طرف ثالث في الإنجاب. إلا أن بعض الدول تملك أحكاماً خاصة صريحة بشأن الإنجاب المساعد وهي (الجزائر وتونس وسلطنة عمان والإمارات العربية المتحدة).⁽²⁾

(1) التقرير النهائي حول وضع القوانين والأنظمة المتعلقة بأخلاقيات البيولوجيا في 17 دولة عربية عضو في منظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم والثقافة (اليونسكو)، إعداد البروفسور فؤاد نجيب البستاني الأمين العام للجنة الاستشارية اللبنانية الوطنية لأخلاقيات علوم الصحة والحياة (CCNLE)، عضو في اللجنة الدولية للأخلاقيات التابعة لليونسكو، دون تاريخ نشر، ص72.

(2) فقد جرم قانون المسؤولية الطبية في ليبيا عمليات الإخصاب الصناعي أيا كانت صورته، وعاقب من يقوم بالعملية أيا كانت صفته سواء كانت بالرضا أو عدمه. وذلك بالقانون رقم (75) لعام 1972 في المادة (403) منه والعقوبات تتراوح بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وتزداد وتتخفف تبعا لتحقيق الرضا أو الخداع للمرأة في العملية. ولكنه أباح الإخصاب الصناعي في قانون رقم (17) لسنة 1986 تعديلاً لهذا القانون السابق في المادة (17) منه دون أن يتناول تأجير الرحم كتقنية من تقنيات التلقيح الصناعي. "لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين في الرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح بين الزوجين وبعد موافقتهم". ويلاحظ أن المشرع الليبي قد حصر التلقيح الصناعي بين الزوجين فقط من دون تدخل طرف ثالث، وبناء على ذلك يكون تأجير الأرحام غير جائز لأنه يكون بتدخل طرف ثالث في الإنجاب. وكذلك المشرع اللبناني قد حصر التلقيح الصناعي بين الزوجين فقط في قانون رقم (240) تاريخ 2016/10/22 تعديلاً لقانون الآداب الطبية لعام 1994 نص في المادة (30) : "يجوز إجراء عملية التلقيح الصناعي أو الحمل بواسطة تقنيات الخصوبة المساعدة للزوجين وبموافقتها الخطية..." فلم تتضمن هذه القوانين النص صراحة على موقفها تجاه تأجير الرحم. وأيضاً منع المشرع الأردني تأجير الرحم بموجب المادة (13) من قانون المسؤولية الطبية رقم 25 لعام 2018.

فوجد المشرع الجزائري يمنع تأجير الرّحم في قانون الأسرة الجزائري لعام 2005، وكذلك التشريع الاتحادي لدولة الإمارات العربيّة المتحدة في القانون رقم (11) لعام 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدّولة.

لذا سوف نبحت في هذا المطلب نموذجاً للدول التي تحرم تأجير لأرحام: القانون الفرنسي، والقانون الجزائري، والقانون الإماراتي، والقانون السوري وأصله القانون المصري.

الفقرة -1- في القانون الفرنسي:

أثار التّقدم العلميّ في مجال العلوم الطّبية جدلاً واسعاً في فرنسا حول تطبيقاته، مما أدى إلى إصدار قوانين تضبط هذا التّقدم. ولقد جاءت تشريعات الأخلاقيات الحيويّة الفرنسيّة الصّادرة عام 1994،⁽¹⁾ لتحدث ثورة تشريعيّة بيولوجيّة في مجال تقنين الممارسات البيولوجيّة بوجه عام، وما تعلق منها بالبويضات المخصبة على وجه الخصوص. والمعدلة بالقانون رقم (2004/800) بتاريخ 2004/7/6، وبالقانون رقم 814 لعام 2011.⁽²⁾ والتي تهدف إلى توجيه التّقدم الطّبي الحيوي لحماية الحقوق الأساسيّة. والواقع أن هذه

⁽¹⁾ Loi n° 94-654, 29 juillet 1994 relative au don, à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal(1).

Et la Loi n° 94-653, 29 juillet 1994 relative respect du corps humain.

⁽²⁾ Loi n° 2004-800 du 6 aout 2004. Et 2011-814, du 7 juillet 2011, relative à la bioéthique.

الثّورة لم تأت وليدة العدم بل هي نتاج للمناقشات الفقهية الدّورية الّتي سادت الأوساط القانونيّة الفرنسيّة بكافة مستوياتها وعلى مختلف الأصعدة، وذلك منذ مطلع الثّمانينات. حيث أن الفقه الفرنسيّ منذ ذلك الوقت يناقش ويجادل في مدى ضرورة مواكبة المشرع ما استحدث من ممارسة طبيّة وعلميّة تجري ممارستها على أرض الواقع وتنال الجسم البشريّ في أدق مكوناته وأرقى عناصره.

ومن أهم الأسباب الّتي أدت إلى ظهور قوانين الأخلاقيّات الحيويّة وجود مشكلات تتعلق بحقوق أساسية للفرد اعترفت له بها الشّريعة الدّولية لحقوق الإنسان، وأهم هذه المشكلات تتعلق بالحق في احترام الكرامة الإنسانيّة، والحق في الحياة والحق في الخصوصيّة، وقد تؤثر من ناحية ثانية في أنظمة قانونيّة راسخة في المجتمع كالزواج والنّسب والأسرة والميراث...⁽¹⁾ وتثير هذه الاكتشافات المشكلات على الصّعدين القانونيّ والأخلاقي ومثل ذلك تقنيات الإنجاب الطّبيّ المساعد وما نتج عنه من تقنيات أخرى مثل الأمومة بالإنابة (Maternité de substitution) موضوع بحثنا.

ولحسم النقاش نص المشرع الفرنسيّ على الإنجاب الطّبيّ المساعد صراحةً، وذلك بالقانون رقم 94-654 بتاريخ 29 / 7 / 1994 المعدل لقانون الصّحة العامة والمتعلق بالتبرع والاستفادة من عناصر ومنتجات جسم الإنسان

⁽¹⁾ يوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013، ص190.

والمساعدة الطبية على الإنجاب والتشخيص قبل الولادة.⁽¹⁾ فما هو موقف
المشرع الفرنسي من عقد تأجير الرحم؟

تعدّ فرنسا نموذجاً للدول المعارضة بشدة لعقد تأجير الرحم، ويظهر ذلك من
خلال التشريعات المختلفة التي تبنتها.

أولاً_ في القانون المدني الفرنسي:

اتجه المشرع الفرنسي إلى منع عقد تأجير الرحم " الأمومة بالإنابة"
(Gestation pour autrui) في القانون رقم 653 الصادر بتاريخ 7/29
/1994، فقد كرس هذا القانون في المادة (16) منه اجتهاد الهيئة العامة
لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص الأمومة بالإنابة أو التوكيل، في قرارها
الصادر بتاريخ 1989/12/3 في المادة (16) منه، وذلك في قضية ألما
أتر (Alma Ater).

وجاء في هذا القرار: " أن غرض الجمعية هو تشجيع إبرام وتنفيذ الاتفاقيات
التي تتعلق في الآن ذاته بوضع الوظائف التكاثرية للأُم تحت تصرف المطالب،

⁽¹⁾ حيث تنص المادة 152 في الفقرة (1) من القانون رقم 654_ 94 الصادر بتاريخ 7/29
/1994 بأن " المساعدة الطبية على الإنجاب هي كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن
مخبر، كنقل الجنين، والتلقيح الصناعي، وكذلك كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر وتسمح بالإنجاب خارج
السياق الطبيعي."

Voir; la loi relative au don, à l'utilisation des éléments et produits du corps
humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal,
n°654-94, 29/7/1994.

وبالطّفل الّذي سيولد، والّتي تعدّ باطلة استناداً لأحكام المادة (1128) من القانون المدنيّ. وتخالّف هذه الاتفاقيّة مبدأ عدم قابلية الجسد البشريّ للتصرف والّذي يعد من النّظام العام من جهة، ومبدأ عدم قابلية الأشخاص للتصرف من جهة أخرى.⁽¹⁾

فقد حسم القانون المدنيّ الفرنسيّ المسألة بمنع تأجير الرّحم لمصلحة الغير، بعدما أقره المجلس الدّستوريّ الفرنسيّ بموافقته للدستور، وتم تعديل القانون المدنيّ الفرنسيّ عام 1994 بإدراج المادة (16/7)، وجاء فيها: "كل اتفاق على الإنجاب أو الحمل نيابة عن الغير باطل." والبطلان هنا بطلان مطلق يتعلق بالنّظام العام الفرنسيّ، سواء أكان بمقابل أم من دون مقابل.

ويحسب للمشرع الفرنسيّ تعميم الحظر على كافة أفراد العلاقة، بمعنى أن الحظر الوارد في المادة (16/7) من القانون المدنيّ يشمل الاتفاق على الحمل أو الإنجاب لمصلحة الغير بصفة عامة، ويستوي بذلك أن يكون هذا "الغير" من أصحاب العلاقات غير المشروعة أو الشواذ "مثليي الجنس"، كما أن ورود لفظ "الغير" بصفة عامة يشمل الحظر على كل شخص سواء أكان منفرداً أم أعزباً، فقد يكون الغير رجلاً لا يرغب في الزواج أو من الشواذ أو مطلقاً أو أعزباً. لذا يحسب للمشرع الفرنسيّ منع أنظمة تأجير الرّحم بكافة أشكالها.

وقبل عام 1996 كان من السّهل الاحتيال على هذه الأحكام الّتي تمنع عقود الأمومة بالإنابة واللجوء إلى خدمات الأمّ البديلة في فرنسا، وذلك بإبرام

⁽¹⁾ Ass.PI cour de cassation. 3/12/1989,(JCP). 1990. II. 21526.

اتفاق سري بين الزوجين أو الخليلين وبين الأم البديلة. وعند الولادة يقوم الزوج بالإقرار بالمولود كولد طبيعي، ومن ثم بعد ذلك تقوم الزوجة بتبني هذا المولود.⁽¹⁾

لذا وضع المشرع الفرنسي حداً لمثل هذا الاحتيال على أحكام القانون؛ بموجب القانون الصادر بتاريخ 5/7/1996، بناء على اقتراح النائب العام، الذي عدل أحكام المادة (339) من القانون المدني، حيث أجاز التعديل للنيابة العامة الاعتراض على الإقرار الأبوي عندما يتم احتيالياً على قواعد التبني.

وتنص المادة (339) من القانون المدني الفرنسي على أنه: "يمكن لكل ذي مصلحة الاعتراض على الإقرار، ويكون ذلك للمقر أيضاً، ويمكن أيضاً للنيابة العامة أن تعترض على هذا الإقرار إذا كانت هناك قرائن تجعل النسب غير صحيح ومخالفاً للواقع."

ثانياً_ في قانون العقوبات الفرنسي:

لم يكتف المشرع الفرنسي بالجزاء المدني بل تم تعديل قانون العقوبات الفرنسي لعام 1992 بإضافة فقرة ثالثة إلى المادة (277) منه حيث عاقب بالسجن وغرامة 1500 يورو؛ على الاتفاق الذي يتم بين أي شخص أو أسرة ترغب في الحصول على طفل، وبين امرأة تقبل أن تحمل في رحمها هذا الطفل لكي تتخلى عنه للطرف الأول عند الولادة.

(1) د. فواز صالح، دراسات قانونية...، المرجع السابق، ص 54.

وتضاعف العقوبة إذا ارتكبت هذه الأفعال بشكل معتاد أو بقصد الربح. ويعاقب أيضاً على الشروع في ارتكاب هذه الجرائم. وقد تم رفع العقوبة إلى 3 سنوات حبس وغرامة مالية قدرها 4500 يورو بموجب تعديل عام 2000.⁽¹⁾

ثالثاً_ في القضاء الفرنسي:

سلكت محكمة النقض الفرنسية مسلكاً موحداً تجاه عقود تأجير الأرحام، حيث أبدت رأيها حول الموضوع وقضت بجل جمعيات ومكاتب الوساطة للحمل البديل وإبطال مثل هذه الاتفاقيات في العديد من قراراتها، منها قرار قضية ألما أتر، المشار إليه سابقاً. وبعض القرارات التي سيأتي ذكرها.

كما أتيحت الفرصة للمحاكم المدنية أيضاً أن تبين رأيها في مسألة الأمومة بالإنابة، ففي دعوى عرضت على محكمة البداية بباريس طلبت فيها زوجة الأب البيولوجي التبني الشامل للطفل المولود عن استئجار رحم امرأة أمريكية الجنسية، قضت المحكمة برفض الطلب الذي لم يسجل باسمها إنما سجل باسم أم مجهولة، وأسست حكمها على ما في ذلك من مخالفة صريحة للنظام العام في فرنسا، ومن التّحاييل على قواعد القانون الدولي الخاص الذي يتمثل في طلب تبني طفل لأم أمريكية الجنسية بما يتعارض مع قواعد التبني في فرنسا.⁽²⁾

⁽¹⁾ L articles (227) du code pénal, n°94/654. Modifié par la Loi n°2000-595, du 30 juin 2000.

⁽²⁾ Cour d'appel de Paris ,15 juin 1990, JCP,1991,II,21633, p.1070.

استأنفت زوجة الأب البيولوجي للطفل هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس، فقررت المحكمة الإقرار بصحة التبني للأطفال المولودين عن طريق الأمومة بالإنابة وأسست قرارها على أن " الأمومة بالإنابة بحسبانها تعبيراً حراً عن الإرادة والمسؤولية الفردية للذين يتفقون عليها من دون أي اهتمامات نفعية، يجب عدّها مشروعة."⁽¹⁾ ويمكن لنا تلخيص الأدلة التي اعتمدت عليها المحكمة بما يأتي:

أنّ الحق في الإنجاب حق مشروع، فالإنجاب بوساطة تأجير الرّحم، في نظر المحكمة، هي إحدى الطرق المشروعة للحصول على الذرية من ناحية، فليس فيها تغيير لحالة الطّفل المدنيّة لأن تبني الأم زوجة الأب البيولوجي للطفل جاء بعد تنازل الأمّ الطّبيعية عن كافة حقوقها القانونيّة الواردة على الطّفل، كما أن التنازل صدر وتم بعد عملية الولادة. ومن ثمّ لا تتعارض الأمومة بالإنابة مع مبدأ حرمة الجسد الإنساني ولا تجعل هذا الطّفل في عداد الأشياء، فليس في تأجير الرّحم مساس بحرمة جسد المرأة الحامل وليس فيه ما يندرج به الطّفل تحت عداد الأشياء، فقد أجازت التشريعات نقل وزراعة الأعضاء، لذا فإنّ جميع الاتفاقات التي تكون محلها جسم الإنسان تصبح في ضوء ذلك مشروعة إذا كانت لدواعي إنسانية وبعقود تبرعيّة لا لأهداف تجارية. ولا يجوز الاحتجاج بمخالفة التنازل عن الطّفل في النظام العام للقانون الفرنسي لأنّ القانون الأمريكي يجيز ذلك، لذا يجب إهمال فكرة النظام العام الفرنسي عن طريق التخفيف من حدتها إزاء هذه الحالة القانونيّة التي نشأت في أحضان

⁽¹⁾ Cour d'Appel de Paris ,15 juin 1990, JCP.1991 ,II, 21752.

القانون الأمريكي الذي يجيزها، ويقتصر الأمر في ظل القانون الفرنسي على ترتيب الآثار القانونية لتلك الحالة القانونية السابقة،⁽¹⁾ وفي ذات التوجه القضائي السابق إلى مد نطاق تسلط الأفراد على أجسامهم بالاتفاق على الحمل لحساب الغير ذهبت بعض المحاكم في أمريكا إلى القضاء بأحقية الأم البيولوجية في ضم الطفل الناتج عن الحمل لحساب الغير مغلبةً بذلك الاعتبار البيولوجي على علاقة الحمل والولادة بين الأم والجنين، واعتماداً على مشروعية الأعمال الهادفة إلى تحقيق الحمل بين زوجين مهما كانت الوسيلة المتبعة في تحقيق الغاية السامية التي لا يعلوها غاية في مجال الحياة الأسرية والاجتماعية.⁽²⁾

لذا فإن محكمة النقض الفرنسية بهيئتها العامة نقضت قرار محكمة استئناف باريس في قرار صادر لها بتاريخ 1991/5/1 وجاء في حيثياته: " أن العقد الذي تم بواسطته التزام امرأة ولو تبرعاً أن يزرع في رحمها أو تحمل جنيناً لأجل التنازل عنه منذ ولادته يخالف مبدأ معصومية الجسد من جهة، و يخالف المبدأ العام الذي لا يجيز التصرف بحالة الأشخاص من جهة أخرى، وأضافت أن هذا الإجراء يعدّ تحايلاً على نظام التبني. " وأسست المحكمة قرارها على المواد (325/1128،6) من القانون المدني.⁽³⁾

(1) J.R Devichi, les preuves scientifiques et les contentieux de la filiation, Rev. Trim. Dr. Civ 1983. P.1510

(2) Johnson v. Calvert.851.p.2d 776, 781, 782 (cal 1993). See; Nicole Miller Healy, Beyond Surrogacy Gestational Parenting Agreements under California law, UCLA Women's Law Journal, 1, 1991, p.89.

(3) Ass. Pl. 30 mai 1991, Dalloz 1991, 417, Note JCP. 1991, II , 21752.

ويمكن تلخيص الأدلة التي استند المعارضون للإنجاب بوسيلة استخدام رحم الغير وفق الآتي:

1_ مخالفة المادة (1128) مدني فرنسي، بصياغتها القديمة، والتي تنص على ما يأتي : "لا يمكن أن يكون محلاً للاتفاقيات إلا الأشياء الداخلة في دائرة التعامل".⁽¹⁾

استند النائب العام على المادة(1128) لإبطال عقد الأمومة بالإنابة، إذ إن وضع جسد الأم بالإنابة تحت تصرف الزوجين والتزامها بتسليم الطفل مقابل مبالغ مالية متفق عليها مسبقاً؛ يجعل كل من جسد المرأة والطفل محلاً للتصرفات القانونية و المالية وهذه مخالفة صريحة لنص المادة السابقة.⁽²⁾

بينما ذهبت جمعية مرسيليا إلى أنه؛ ليس هناك أي مخالفة في عقود الأمومة بالإنابة للمادة 1128؛ فهذا عمل إنساني مقدم من المرأة الحاملة عن غيرها العقيم. ولا يمكن بأي حال وصفه بأي نوع من التصرف في الجسد أو بالطفل؛ لأن القانون نفسه سمح وبدافع الإنسانية بالتصرف في أعضاء جسد الإنسان ومنتجاته كالدم، وامتد إلى السماح بتداول النطف الإنسانية من دون

⁽¹⁾ L article (1128) du code civil francais dispose que; "il n' y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l' objet des conventions."

⁽²⁾ Michele Harichaux, L'assurance maternité et la maternité par substitution, RTDSS 1985, P.554.

معارضة أي جهة؛ فلم الاعتراض على الانتفاع بالرحم فترة من الزمن هي مدة الحمل؟⁽¹⁾

لم يقتنع النائب العام بما أعلن من الجمعية لما فيه من مخالفة شديدة لنص المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (353/1) من قانون العقوبات الفرنسي لذلك حرك دعوى ضدها أمام محكمة مرسيليا يطلب فيها حل نشاطها.⁽²⁾

وقد طعنت جمعية مرسيليا بطريق النقض في حكم محكمة مرسيليا الذي قضى بحلها لبطلان نشاطها، وردت محكمة النقض طعنها، وأسست حكمها على مخالفة نشاط الجمعية للنظام العام والآداب. إضافة إلى مخالفتها نص المادة (1128) مدني فرنسي، لأن المهام التي حملتها الجمعية على كاهل الأم الحامل جعلت من الأم بالإنابة والطفل المولود من جراء اتفاقية الأمومة بالإنابة نوعاً من الأشياء الموضوعة تحت تصرف الآخرين مقابل مبالغ مادية.⁽³⁾

(1) أنشئت هذه الجمعية في مرسيليا عام 1985 ويتمثل دورها في التوفيق بين الأمهات الراغبات في الحمل البديل والزوجات المصابات بالعقم... وقد حددت هذه الجمعية مبلغاً جزافياً يتراوح ما بين 50 إلى 60 ألف فرنك للطفل الواحد، ويرأى أنها أن تحديد قيمة مالية ثابتة تضمن التوازن بين الإمكانات المادية للأفراد في المجتمع الفرنسي وبين التكلفة الفعلية لمشروع الحمل البديل مضاف إليها المقابل الذي تحصل عليه الحامل.... راجع: طارق عبد الله محمد أبو حوة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة كلية الحقوق 2005، ص 299.

(2) طارق عبد الله محمد، المرجع السابق، ص 230.

(3) Cour de cassation, 13 des 1989, JCP, 1990.II.21526

كما منع القضاء الفرنسيّ الأمومة بالإنابة في القضية التي عرضت على قضاء الدرجة الأولى ضد مؤسسة Les Gigognes التي تأسست في ستراسبورغ عام 1984، وكانت تنشط في التّوسط بين الأزواج الذين يعانون من العقم وبين نساء لديهن استعداد لتأجير أرحامهن، وقد أيدت محكمة الدّرجة الأولى هذه المؤسسة بمشروعيتها لكن محكمة الاستئناف Aix en Provence قضت بعدم مشروعية التّوسط لتأجير الأرحام.⁽¹⁾

2_ مخالفة المادة (1/16) من القانون المدنيّ الفرنسيّ؛ التي نصت على حق كل شخص في احترام جسده، وتقضي أنّ الجسد البشريّ مصون لا يمكن خرق حرمة، وتقضي بأنّه لا يمكن أن يكون الجسد البشريّ أو عناصره أو منتجاته محلاً لحق مالي:⁽²⁾

يستخلص من هذه المادة أنّها تتضمن مبدأين أساسيين يتعلّقان بالجسد البشريّ وهما: حرمة الجسد البشريّ، وعدم التّصرف بالجسد البشريّ.⁽³⁾

⁽¹⁾ Cour d'Appel d' Aix en Provence, 5/12/1985, GPL. 1986. II. 20561.

⁽²⁾ Article (16/1); Créé par la Loi n°653_94 du 29 juillet 1994 art.3 JORF 30 juillet 1994 dispose que: " Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial."

⁽³⁾ حيث تتضمن هذه المادة في فقرتها الأولى، مبدأً عاماً وهو عدم جواز الاعتداء على السلامة الجسدية، والاستثناء الوحيد الذي يمكن أن يبرر هذا الاعتداء هو الضرورات العلاجية... وكذلك الحال بالنسبة إلى المواثيق الدولية والإقليمية التي تتضمن حرمة الجسد البشري وتصوره.. د. فواز

ويقصد بجرمة الجسد البشري " حظر كل فعل أو عمل يشكل مساساً أو اعتداءً على جسم الإنسان أيا كانت صورته أو مصدره، سواء أكان صادراً من الغير أو من الشخص نفسه."⁽¹⁾ وغايته حماية السلامة الجسدية للشخص ضد تصرفات الغير؛ فهو مبدأ يحمي حق الإنسان في الحياة، وحقه في السلامة الجسدية، وحقه في رفض المعالجات غير الإنسانية والمهنية، وكذلك الحق في الأمن والسلامة.⁽²⁾

ولا يقتصر مبدأ عدم قابلية الشخص للتصرف على الجسد البشري فقط، وإنما يشمل، العناصر التي يتكون منها هذا الجسد ومنتجاته أيضاً، طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة (1-16).⁽³⁾

ويرى بعض المعارضين لعقود الأمومة بالإنابة؛ أنّ مثل هذه العقود تخالف مبدأ حرمة الجسد البشري، ومبدأ عدم قابلية الجسد البشري للتصرف فيه، فهي تتضمن مساساً بجرمة جسد المرأة التي تحمل لحساب الغير، فلا ينبغي الاعتراف بالاتفاق الذي يكون فيه الجسد البشري محلاً للعقود والاتفاقيات التجارية، فالرحم ليس شيئاً قابلاً للتصرف كالبضاعة، ويستوي في ذلك أن يكون التصرف بمقابل

صالح؛ المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، المرجع السابق، ص189. للاستزادة حول المبادئ المتعلقة بالشخص د. فواز صالح، دراسات قانونية...، المرجع السابق، ص46 وما بعدها.

⁽¹⁾ د. حسيني هيك، المرجع السابق، ص84.

⁽²⁾ د. فواز صالح، المبادئ القانونية، المرجع السابق، ص191-192.

⁽³⁾ وفي الحقيقة لم تستخدم هذه المادة مصطلح عدم قابلية الجسد البشري للتصرف، وإنما نصت على أنه: لا يمكن أن يكون الجسد البشري أو عناصره أو منتجاته محلاً لحق مالي، للمزيد انظر: د. فواز صالح، المرجع السابق، ص202.

أو من دون مقابل، لأنّ الحمل في حد ذاته يحمل مخاطر على صحة المرأة الحامل، حيث لا يعرف المخاطر التي قد تتجم عن الحمل التي قد تصل إلى هلاك الحامل، فكيف يكون الحمل لمصلحة الغير؟!⁽¹⁾

بينما يرى المؤيدون لتأجير الرحم، أنّ هذا المبدأ، أي الحق في السلامة الجسدية، تعرض لكثير من الاستثناءات، منها أسباب الإباحة في قانون العقوبات: كالتصرفات التي يبررها الدفاع الشرعي، أو حالة الضرورة.. الخ، وإباحة التبرع بالأعضاء، فلم لا يكون تأجير الرحم لحساب الغير من هذه الاستثناءات؟ ثمّ إنّ المرأة إن قبلت أن تحمل لحساب الغير بأي حق تُمنع؟ كما أنّ الرغبة في إنجاب الأطفال هائلة وتؤدي إلى تجاوز القانون.⁽²⁾

وهذا ما أيدته محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 1990/5/15، والذي جاء فيه أنّ: الحمل بالإنابة لا يتعارض مع هذا المبدأ إذا كان بغير غرض التجارة، فالعقود بشأن الأمومة بالإنابة بوصفها إبرازاً للتعبير الحر عن الإرادة والمسؤولية الفردية تعدّ مشروعة ولا تخالف النظام العام.⁽³⁾

(1) Aude Mirkovic, A'propos de la maternité pour autrui, Droit de la Famille, Revue Mensuelle; Lexisnexis Juriscl Assur, Juin 2008. p.9.

(2) Emilie CAMUZUET, la Convention de Gestation Pour Autrui; Une illégalité française injustifiée, Master Droit, Université de Droit et de la Santé, Faculté des sciences juridiques, politique et économiques de gestion, Année universitaire, 2005, 2006. P.25 et s.

(3) Voir; cour d'Appel de Paris, 15 juin 1990, JCP.1991, II, 21752.

ويرد على ذلك أنّ مبدأ حرمة الجسد البشريّ نسبي وردت عليه استثناءات، قول صحيح، إلّا أنّ ما تم ذكره من أسباب الإباحة لا يرد على هذا المبدأ حيث لا يشمل المبدأ إلّا سلوك الأطباء وعلاقتهم مع مرضاهم، فعدم جواز الاعتداء على السّلامة الجسدية للشخص هو مبدأ عام، لا يستثنى منه إلّا حالة الصّورة العلاجية بالنّسبة إلى الشخص كمبرر شرعي للاعتداء، فيشترط أن يكون الهدف من تدخل الطّبيب هو الغرض العلاجي، إضافة إلى شرط الرضا من الشّخص محل الاعتداء الجسدي، فإن لم يكن الهدف من المداخلة الطّبية علاجياً شكل ذلك اعتداءً على السّلامة الجسدية للشخص.⁽¹⁾

كما أنّ الحقوق التي تمنح على جسم الإنسان لا يمكن عدها مباحة إلّا بالنّظر إلى سبب النّصرف. فيجب أن يكون القصد من المساس تحقيق مصلحة علاجية للشخص. وأنّ سبب العقد" الباعث الدافع إلى التعاقد " (Motif Determinant) في التّعامل على جسم الإنسان يجب أن يفهم على أنّه تحقيق مصلحة واجبة الاحترام للغير أيضاً.⁽²⁾ فالمسّاس لا يسمح به إلّا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب عليه أكبر من المفاسد التي تنتج عنه.⁽³⁾

⁽¹⁾ وقد نصت المادة (16-3) من القانون المدني الفرنسي على أنه : "لا يجوز الاعتداء على سلامة الجسد البشري إلّا في حالة الصّورة العلاجية بالنّسبة إلى الشخص مع حصول الرضا منه بصورة مسبقة باستثناء ما تطلب تدخلاً علاجياً عاجلاً ولا تسمح حالته بالتعبير عن الرضا." راجع د.فواز صالح، دراسات القانونية...، المرجع السابق، ص195.

⁽²⁾ A Decocq, Essai d. une théorie générale des droits sur la personne thèse Paris 1960, p.91 Et s.

⁽³⁾ والسبب غير المشروع في القانون المدني الفرنسي هو السبب الذي يحرمه القانون لتعارضه مع النظام العام والآداب، استناداً على المواد (1128 و 1131) ، وقد تم تعديل القانون المدني الفرنسي

وفي مسائل التبرع بالأعضاء وزرعها، يؤخذ بالحسبان أيضاً حالة الضرورة العلاجية بالنسبة إلى الشخص الذي سوف يستفيد من أحد أعضاء المتبرع بها، فلا يجوز أخذ الأعضاء من شخص حي متبرع إلا تحقيقاً لمصلحة علاجية مباشرة للشخص المتلقي. وعندما أجاز المشرع الفرنسي التبرع بالأعضاء، وكذلك التبرع بعناصر ومنتجات أخرى من الجسد البشري أخضع هذه التصرفات التي تقع على الجسد، إلى شرطين جوهريين وهما: المجانية، والسرية.⁽¹⁾

وإضافة إلى القول: إن تأجير الرحم يعدّ حرية فردية بالنسبة إلى المرأة، فلها أن تحمل لمصلحة الغير إن شاءت، فهذا القول مردود لأنّ حماية الجسد البشري غير مقصورة على مواجهة الغير، وإنما تمتد إلى حماية الشخص من تصرفاته، وعليه فإنّ حق الإنسان في حماية جسده في المفهوم القانوني، ليس حقاً خالصاً له، بل هو حق للمجتمع، وهذه الأهمية الاجتماعية تؤدي إلى سلب قيمة رضا

بموجب الأمر الرئاسي الصادر بتاريخ: 10 / 2 / 2016، وأصبح لفرنسا قانوناً جديداً في العقود والقواعد العامة للالتزامات والإثبات، وأصبحت هذه التعديلات نافذة بدءاً من 1 / 10 / 2016؛ ومن أبرز هذه التعديلات إلغاء المشرع الفرنسي لمفهوم السبب كركن من أركان العقد. حيث أن المشرع الفرنسي عمل على إلغاء فكرة السبب والمحل واستعاض عنهما بفكرة مضمون العقد أو محتوى العقد "le contenu du contrat". للاستزادة راجع: آمال محمد خير المقداد، مستجدات نظرية السبب في القانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة البعث للعلوم الإنسانية، حمص، المجلد 40، العدد 79، 2018، ص 11 وما بعدها.

⁽¹⁾ وفي نطاق التبرع بالأعضاء بين الأحياء كرس المشرع الفرنسي استثناء عاماً من مبدأ السرية، إذ يمكن للمتبرع أن يعرف هوية المستفيد، وكذلك الحال يمكن للمستفيد أن يعرف هوية المتبرع.. للاستزادة: د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 208 وما بعدها.

المجني عليه كسبب لإباحة الاعتداء على هذا الحق،⁽¹⁾ وعلى فرض التسليم بتوافر الرضا من المجني عليه وصحته، فإنه يشترط أن يكون الهدف من المداخلة الطبية علاجياً، وتأجير الرحم يفتقر إلى الغرض العلاجي بالنسبة إلى المرأة الحامل، بل الاتفاق برمته يفتقر إلى الغرض العلاجي حتى بالنسبة إلى المستفيدين من الحمل.⁽²⁾

وبخصوص قرار محكمة باريس، فقد أثار هذا القرار الرأي العام في فرنسا، الأمر الذي أدى إلى أن تطعن النيابة العامة فيه لمصلحة القانون، وقد نظرت محكمة النقض بهيئتها العامة في هذا الطعن، وقررت بعد الإطلاع على رأي اللجنة الاستشارية الأخلاقية، أن عقود الأمومة بالإنابة تخالف من ناحية مبدأ عدم قابلية الجسد البشري للتصرف الذي يقيد النظام العام، ومن ناحية أخرى مبدأ عدم قابلية الشخص للتصرف، فضلاً عن مخالفتها الصريحة لنص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي.⁽³⁾

3_ مخالفة المادة 311/9 والمتعلقة بدعاوى النسب من جهة، ومخالفة المواد القانونية المتعلقة بأحكام التبني بهدف التحايل لإلحاق الطفل للزوجين بموجب هذه القواعد من جهة أخرى:

(1) السيد محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، بحث مقدم لنيل الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون أسيوط، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص 137.

(2) بلباهي سعيدة إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة بن يوسف خدة، الجزائر، كلية الحقوق 2014-2015، ص 100.

(3) Ass. Pl. 30 mai 1991, Dalloz 1991, 417...op.cit.

اعتمد النائب العام على مخالفة نشاط تلك الجمعيات لنص المادة السابقة والتي تحظر التنازل عن دعاوى الحالة والبنوة، لذا فإنه يقع باطلاً كل الاتفاقيات التي تؤدي إلى التنازل عن الدعاوى الخاص بالبنوة والنسب سواء أكانت متعلقة بنفيه أو بإثباته، ويشمل ذلك اتفاقيات الأمومة بالإنابة التي تتنازل فيها الأم بالإنابة بموجبها عن ولدها وقبل ميلاده.⁽¹⁾

وبموجب المادة (9/311) من القانون المدني الفرنسي إن " دعاوى النسب لا يمكن التنازل عنها"⁽²⁾ ومن ثم فإن عقد تأجير الرحم، والذي يؤدي إلى ثبوت نسب الطفل إلى غير أمه التي حملته، يكون باطلاً.

وحين طعن بالنقض أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة مرسيليا لما في الأمومة بالإنابة من الاتفاق الذي يهدف إلى تغيير حالة الطفل المدنية مسبقاً، عن طريق نسبه إلى غير أمه والاتفاق على ذلك مسبقاً.⁽³⁾

كما أن عقد الأمومة بالإنابة يهدف إلى التحايل الصادر من جميع الأطراف، بهدف إلحاق بنوة طفل للزوجين بموجب قواعد التبني التي يختلف الأمر فيها عن الأمومة بالإنابة؛ فالتبني يفترض عدم المعرفة المطلقة للأفراد الذين ينتسب إليهم الطفل المرغوب بتبنيه، لكن في الأمومة بالإنابة يعلم جميع الأطراف من هي الأم التي حملت بالطفل، ورغم ذلك تقدم الأم البيولوجية للطفل

(1) طارق عبد الله أبو حوة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 230.

(2) L article (311/9) du Code Civil Français (C.civ.fr).

(3) Cour de cassation 13 des 1989, J.C.P, 1990. II. 21526

طلباً قضائياً لضم الطفل إليها عن طريق تبنيه. وهذا من قبيل التحايل على القواعد الأساسية للتبني.⁽¹⁾

وقد قررت محكمة الاستئناف في بداية حكمها بطلان اتفاق الأمومة بالإنابة نظراً إلى جسامه الأضرار التي سوف تقع على الطفل، ولكنها قضت بترتيب آثار هذا الاتفاق من حيث الموافقة على تبني الطفل من زوجة أبيه رغم الاعتراف السابق ببطلان هذه العقود بشكل مطلق.⁽²⁾

وكذلك استندت محكمة النقض الفرنسية على ذلك في سبيل تأييد بطلان عقود الأمومة بالإنابة لكون هذه العقود تؤدي إلى خلق حالة تبني وتصويرها بشكل إرادي يخالف الحقيقة الواضحة المتجسدة في أمومة الحامل عن غيرها، وإلحاق الطفل لأمه البيولوجية التي لا تظهر إلى الواقع إلا بعد ميلاد الطفل مطالبة بتبنيه. مما يعدّ شكلاً من أشكال التحايل غير الأخلاقي الذي يخالف بشدة النظام القانوني للتبني.⁽³⁾

4_ مخالفة هذه العقود للمادة (1/353) ومن قانون العقوبات الفرنسي:

وبموجب المادة (1/353) من قانون العقوبات الفرنسي وخاصة الحالة الثانية منها، والتي تجرم النشاط الجنائي في الحصول على موافقة الوالدين أو أحدهما المسبقة بالتنازل عن الطفل الذي سيولد. كما أن حالتي التجريم الأخريين يمكن

⁽¹⁾ طارق عبد الله أبو حوة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 232.

⁽²⁾ Cour d'Appel de Marsilien, 1988/12/16, G.P., 30/1/1989. p.9.

⁽³⁾ Cour de cassation, 13 Décembre 1989, JCP, 1990. II, 21526

أن تنطبق على نشاط الجمعيات، وهما: التحريض لأحد الوالدين أو كليهما للتنازل عن طفليهما، حيث تحصل هذه الجمعيات على موافقة خطية من الأم الحامل على التنازل عن الطفل عند ولادته وذلك بإغرائها بالمقابل المادي لحملها وتنازلها عن الطفل.⁽¹⁾

5_ تشكل هذه العقود انتهاكاً لكرامة الطفل والمرأة على حد سواء:

يرى جانب من الفقه الفرنسي المعارض لعقد تأجير الرحم؛ أن الحمل لمصلحة الغير الذي تمارسه الأم الحامل يعدّ استغلالاً غير أخلاقي لجسدها، فالأمر يتجسد في استغلال جسم المرأة لتحقيق مصالح الغير، حيث يتحول الرحم إلى نوع من أنواع الاستثمار التجاري لجسد المرأة مقابل مبالغ مالية مما يجعل الأمر شبيهاً بالذخيرة، إن لم يكن مجسداً لشكل من أشكال العبودية حيث يؤدي إلى عدّ الأم البديلة مجرد أداة أو وعاء حمل ليس أكثر.⁽²⁾

وعلى ذلك فإن عقود الأمومة بالإنابة تعدّ انتهاكاً لكرامة المرأة واستعباداً لها، مما يجعلها تصبح مجرد "آلة إنتاج" ليتم تسليم البضاعة "الطفل" لمن طلبها، وهي أيضاً تعدّ انتهاكاً لكرامة الطفل الذي أصبح "سلعة تحت الطلب" تصنعه المخابر من مواد أولية، بويضة وحيوان منوي، ورحم مؤجرة، متناسين أنه إنسان له كرامته، وأنه جنين يغرس في رحم امرأة أجنبية عن مكوناته الوراثية، ليصير إلى المجهول إذا ولد مشوهاً أو به عاهة حيث يرفض الزوجان استلامه،

(1) طارق أبو حوة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.

(2) M. Harichaux, le corps Objet, in Bioéthique et Droit, J.C.P.1994, p.143.

ببساطة لأنّه بضاعة غير مطابقة للموصفات المطلوبة! إنها "صناعة أطفال".⁽¹⁾

كما أنّ هذه العقود تقدم مصلحة من يطلب الولد على حساب كرامة المرأة التي تُعرض في بعض وكالات تأجير الأرحام في "كتالوج"، بالصّور ليختار الزّوجان من تحمل لهما الولد، وكأنّ الحمل مهنة أو حرفة تقوم بها المرأة، متجاهلين الرّوابط التي تنشأ بين المرأة والجنين طيلة تسعة أشهر حمل، ليتم قطع هذه الصّلة بمجرد الولادة مما يسبب لها أضراراً نفسية عميقة. وهذا ما يجعل الكثير من الأمهات ترفضن تسليم الطّفل بعد الولادة وتتمسكن به.⁽²⁾

وإن كان الاتفاق يتم برضا المرأة وإرادتها الحرة، إلّا أنّ الواقع غير ذلك، فالمرأة التي تحمل لمصلحة الغير دفعته الحاجة إلى المال، فلم تكن حرة، فتأجير الأرحام سوق لم تحركها الحرّية بل الحاجة أحياناً إلى إطعام أطفالها، أو بناء مسكن يؤويها، فليس هناك أمّ تقبل بالتخلي عن رضيعها، لو لم تكن هناك حالة فقر تدفعها إلى ذلك.⁽³⁾

⁽¹⁾ Sylvaine Agacinski, corps en miettes, Flammarion, Café Voltaire, Paris, 2009, ISBN; 978-2-0812-2120-8, p.7-8.

⁽²⁾ Conférence donnée au Conseil de l'Europe puis au Parlement européen en 26 avril et juillet 2012, et 20 mars 2013, par Claire de La Hougue, Docteur en droit , Avocat chez Gregor Puppink, Docteur en droit, de L'ECLJ. La gestation pour autrui; une violation des droits et de la dignité, p.8.

⁽³⁾ Sylvaine Agacinski, op.cit, P.13.

وقد نصت المادة (16) من القانون المدني الفرنسي على أنّ القانون يضمن أولوية الشّخص، ويحرم الاعتداء على كرامته، وبكفل احترام الكائن البشريّ منذ بدء حياته. ويستخلص من ذلك أنّ المادة تنص على ثلاثة مبادئ أساسية متعلّقة بالشخص وهي مبدأ سمو الكائن البشريّ، ومبدأ كرامة الكائن البشريّ، وأخيراً مبدأ احترام الكائن البشريّ.⁽¹⁾

ويعتقد بعضهم أنّ القبول بمثل هذه العقود يؤدي إلى تشويه مفهومي "الأمّ والطفّل" المعروفين، وتسمى الأمّ "بالحامل" حيث يقتصر دورها على حمل الطّفل في رحمها ووقايته خلال تلك الفترة. الأمر الذي يجعلنا نفترض أنّه مع التّقدم العلميّ الذي يجتاح المجتمعات البشريّة يمكن أن نتخلى يوماً ما عن خدمات الأمّهات، ونلجأ إلى ثدييات أخرى قريبة من الجنس البشريّ لكي تقوم بهذا الدور. أو حتى نستطيع أن نخترع نوعاً من الأنابيب التي تستطيع القيام بهذا الدور. وفي النهاية سوف يؤدي هذا التّطور إلى إنكار دور الأم في رعاية

(1) وتضمن الاتفاقيات الدولية والإقليمية حماية مبدأ كرامة الكائن البشريّ، كما هو الحل بالنسبة إلى الإعلان العالمي حول المجين، إذ تنص الماد الثامنة منه على أنّه "أ. لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيّا كانت سماته الوراثية. ب. وتفرض هذه الكرامة ألا يقصر الأفراد على سماتهم الوراثية وحدها، وتفرض احترام طابعهم الفريد وتنوعه." للمزيد راجع: د. فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والعشرون، 2005، ص 175 وما بعدها. ود. فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011.

الطفل، وما يحصل من تواصل وتبادل فعلي بين الجنين والأم خلال فترة الحمل.⁽¹⁾

6_ تناقض عقود الأمومة بالإنابة مع مصلحة الطفل الفضلى:

يرى المعارضون لعقد تأجير الرحم أنه يتناقض مع مصلحة الطفل الفضلى؛ لأنه في الواقع "تجارة أطفال"، ومن ثم فهو جريمة في القانون الدولي. وينطبق عليه نص المادة الثانية من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل الذي جاء فيه: "يقصد ببيع الأطفال أي فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من جانب شخص أو مجموعة من الأشخاص إلى شخص آخر لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العوض."⁽²⁾ فهو بيع للأطفال في سوق باتت واضحة في بعض الدول التي يصل دخلها من تأجير الأرحام إلى 400 مليار دولار سنوياً.⁽³⁾

(1) Jean François MATTEL, Les droit de la vie, Edition Odile, Paris, 1996, p;27 et s. (أشار إلى هذا المرجع د. فواز صالح، المبادئ القانونية..، المرجع السابق، ص204).

(2) البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل الصادر عن الأمم المتحدة بشأن بيع واستغلال الأطفال لعام 2000.

(3) Claire De La Hougue, La gestation pour autrui; une violation des droits et de la dignité, Conférence donnée au Conseil de l'Europe puis au Parlement européen en avril et juillet 2010, p.9.

وهذا ما أيدته محكمة استئناف رين بقولها: " إنَّ القضية ليست فقط أن القانون الفرنسي يمنع مثل هذه العقود، بل إنَّها شراء أطفال وهذا ما يخالف النظام العام..."⁽¹⁾

الفقرة 2- في القانون الجزائري:

تدخل المشرع الجزائري متأخراً، محاولاً مواكبة التطور الطبي، فأباح اللجوء إلى الإنجاب بوساطة عمليات التلقيح الصناعي، وذلك بتعديله لقانون الأسرة الجزائري عام 2005. فما هو موقف القانون الجزائري من عقد تأجير الرحم؟

أولاً- في القانون المدني الجزائري:

يدخل عقد تأجير الرحم في نطاق القانون المدني، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري رقم 75-58 بتاريخ 1975/9/26 المتضمن القانون المدني؛ نجد أنه لم يعترف عند تعديله بمشروعية هذا العقد.

ويرى بعض الباحثين أنَّ عقد تأجير الرحم؛ عقد غير مسمى في نصوص القانون المدني الجزائري، وهو عقد باطل بالنظر إلى محله وسببه غير المشروعين. وبالنظر إلى محل هذا العقد؛ يقع على جسد المرأة أو على الأقل

⁽¹⁾ حيث قام زوجان فرنسيان باستئجار رحم امرأة هندية مقابل مبلغ 1500 يورو، وأنجبت لهما توأماً... لذا قررت محكمة الاستئناف أن مثل هذه العقود تخالف النظام العام. راجع قرار محكمة رين على موقع الحكومة الفرنسية:

Cour d'Appel de Rennes, n°11//01846, 10 janvier 2012.(<http://www.legifrance.gouv.fr>)

عضو منه، وأي اتفاق يكون محله جسم الإنسان، يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً، تطبيقاً لمبدأ حرمة الجسد الإنساني، حيث تكون الأشياء فقط محلاً للعقود. والسبب في تأجير الرحم هو، الحصول على الولد ونسبته إلى غير أمه التي حملته ووضعت، فهذا سبب التزام غير مشروع، لأن أحكام النسب تتعلق بالنظام العام، وعلاقة الشخص بأسرته وواجباته من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته.⁽¹⁾

ولم نجد بين نصوص القانون الجزائري ما يعترف بمشروعية هذا التصرف "تأجير الرحم"؛ إنما وجدنا ما يمنع. حيث نص المشرع صراحةً على حظر عقد تأجير الرحم عند تعديله قانون الأسرة الجزائري، بتاريخ 1/ 5/ 2005 معدلاً بذلك شروط التلقيح الصناعي ليكون مشروعاً،⁽²⁾ فنصت المادة (45) منه على أنه:

"أ. يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعياً.
- أن يكون التلقيح الصناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

(1) بلباهي سعيدة، إجارة الرحم، المرجع السابق، ص 141.

(2) يقابله في القانون السوري، قانون الأحوال الشخصية.

ب. لا يجوز اللجوء إلى الإخصاب الصناعي باستعمال الأمّ البديلة.⁽¹⁾

وما يهمننا من هذه المادة الفقرة الثانية منها التي نصت على منع تأجير الرّحم "الأمّ البديلة" كتقنية من تقنيات التّلقيح الصناعي.⁽²⁾ وقد وردت بعض الملاحظات على المادة(45) السّالفة الذكر من حيث الصّياغة والمضمون.

1_ من حيث الصّياغة:

فقد اشترط المشرع لجواز التّلقيح الصناعي أن يكون ببويضة الزّوجة، ثمّ منع اشتراك الأمّ البديلة في ذلك؛ وقد استعمل في نص المادة عبارة "بويضة رحم الزوجة"، وهو أمر فيه إشكال، هل قصد البويضة وحدها، أم قصد الرّحم والبويضة؟

إذا كان المشرع أراد المعنى الأوّل أي: البويضة من الزّوجة، يفهم منه أن البويضة ناتجة عن رحم المرأة، ولكن علمياً الرّحم لا ينتج البويضات، وإنما هي وظيفة المبيضين، وهما منفصلان عن الرّحم، وعلى ذلك تكون كلمة رحم في الفقرة مجرد "حشو". وأما إذا أريد بها توكيد لفظي لتأكيد أن تكون البويضة مصدرها الزّوجة من دون غيرها فإن ذلك لم يزد المعنى وضوحاً كونه خاطئاً من الناحية العلميّة. أما إذا أراد المشرع المعنى الثّاني أي : أن البويضة والرّحم

(1) قانون الأسرة الجزائري رقم 48-11 بتاريخ 9/6/1984 وتعديلاته.

(2) ومن التشريعات التي نصت صراحة على حظر تأجير الأرحام؛ المشرع التونسي حيث منع تأجير الأرحام بكافة صورها في المادة(15) من قانون الطب الإنجابي رقم (39) لعام 2001 التي تنص على أنه: "لا يمكن بأي صورة من الصور، في إطار الطب الإنجابي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين".

من الزّوجة، فهذا كان على المشرع إضافة حرف العطف "بويضة ورحم الزّوجة" ليكون المعنى سليماً من الناحية العلميّة لانعدام العلاقة بين الرّحم والبويضة.⁽¹⁾

ويبدو لي أنّ المشرع الجزائري قصد أن تكون البويضة من الزّوجة من دون غيرها، أي قصد المعنى الأوّل لأنّه منع في الفقرة الثّانية استخدام رحم آخر غير رحم الزّوجة، إذ جاء فيها: "يمنع استعمال الأمّ البديلة". فقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح الأمّ البديلة كما وردت بالاصطلاح الانجليزي. لذا نقترح على المشرع الجزائري تعديل المادة (54) من قانون الأسرة لما فيها من خلل في الصياغة حين وردت عبارة "بويضة رحم الزوجة". إذ يفضل استبدالها بعبارة "بويضة الزوجة"، وذلك للدلالة على حصر التلقيح الصناعي بين الزوجين فقط.

2_ من حيث المضمون:

ويقصد بالمضمون: المعنى من الأمّ البديلة في نص المادة السّابقة، فقد عرفنا فيما سبق الأمّ البديلة في مفهومها العام، أنّها قد تشارك بالبويضة والرّحم، أو بالرّحم فقط، فأی معنى قصد المشرع الجزائري؟ وما الجزاء في حال المخالفة في اللجوء إلى خدمات الأمّ البديلة؟

(1) بلباهي سعيدة، إجارة الرحم، المرجع السابق، ص 139 وما بعدها.

إذا كان المشرع الجزائري أراد النص على اشتراط البويضة من الزوجة، ثم اشترط بعدها أن يكون الرحم منها دون غيرها حيث منع اللجوء إلى الأم البديلة في الفقرة التي تليها، فهو قد أشار إلى معنى الأم البديلة في مفهومها الحديث التي تشارك بالرحم فقط. وعلى هذا يكون المشرع قصد بالأم البديلة في الفقرة الأخيرة هي المشاركة برحمها من دون بويضتها.⁽¹⁾

ثانياً_ في قانون العقوبات الجزائري:

لم يعدل المشرع الجزائري عند تعديله قانون الأسرة الجزائري القانون المدني فيما يتعلق بالتلقيح الصناعي، ولم يعدل قانون العقوبات رقم 66_156 الصادر بتاريخ 6/8 /1966، وهو ما يطرح إشكالية عدم الانسجام وغياب التّكامل بين قانون الأسرة وقانون العقوبات.

وقد بحث بعضهم في إمكانية تطبيق قانون العقوبات الجزائري على تأجير الرحم، في بعض مواد الجرائم التي تكون مشابهة لتأجير الرحم، فرأى بعضهم إمكانية تطبيق عقوبة الزنا على الأم البديلة وصاحب اللقيحة،⁽²⁾ بينما رأى بعضهم الآخر أنه لم ينص المشرع على عقوبة تأجير الرحم فتدخل ضمن جرائم التعزير.⁽³⁾

(1) بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص143.

(2) د. محمد السبحي، حكم استئجار الأرحام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص113.

(3) د. عبد الحليم منصور علي، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام، دراسة فقهية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الإسكندرية 2003، ص203.

ولكن هذه الآراء تصطدم مع مبدأ : "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني"، فلم يجرم قانون العقوبات الجزائري تأجير الرّحم ولم ينص على عقوبتها، فلا يجوز للقضاء، ومن باب أولى للفقهاء أن يجتهدوا في المادة الجزائية، خاصة فيما يتعلق بالتجريم، لأنّ تلك الجرائم وإن وجد تشابه بينها وبين تأجير الرّحم، إلا أنّها جرائم مستقلة عن تأجير الرّحم وضعها المشرع بهدف تجريم حالات خاصة قصدها في ذلك الحين، واستناداً إلى مبدأ التفسير الضيق للنصوص التّجريميّة، لا يمتد هذا لحالة لم تكن معروفة، فالقاعدة "لا جريمة إلا بنص"، وهنا لا تجريم لتأجير الرّحم إلا بنص يسميه ويصنّفه بين الجرائم ويحدد عقوبتها.⁽¹⁾

وهذا الفراغ القانوني قد يجعل الجزائر، مع تزايد مراكز التّخصيب الطّبي، حقلاً لتأجير الرّحم من قبل الأوروبيين، هروباً من بلدانهم التي تحظر تأجير الأرحام، أو بحثاً عن الأرحام الرخيصة لتقليل التكلفة.⁽²⁾

وهذا ما حدث في المغرب العربي، حيث أثّرت قضية تأجير الأرحام في البرلمان المغربي كقضية خطيرة تواجه المجتمع المغربي، فطرح للنقاش قضية تأجير الرّحم، وبنوك المني والبويضات، والإشكاليات القانونيّة، والدينيّة التي يواجهها المغرب العربي في ظل الفراغ القانوني في هذا المجال. وهو ما عجل

(1) بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص 145 وما بعدها.

(2) بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص 146.

تدخل الحكومة المغربية لإنجاز مشروع قانون المساعدة على الإنجاب في المملكة المغربية.⁽¹⁾

⁽¹⁾ حيث تنتشر ظاهرة تأجير الأرحام، بشكل ملفت في المجتمع المغربي يعد أن تكاثر الطلب عليها من طرف أزواج أثرياء يرغبون في نسل حرموا منه طبيعياً. كما أن هذه الظاهرة طفت من جديد على الساحة الإعلامية، بعد الحديث عن أكثر من 600 امرأة مغربية قمن بتأجير أرحامهن سنوياً بمبالغ مالية تصل إلى 15 ألف دولاراً أمريكياً على الخصوص في الكسمبروغ. ويزداد انتشار الظاهرة، كما خطورتها، بسبب الفقر والفاقة وهو ما يدفع الكثير من الراغبات في تأجير أرحامهن إلى الإذعان لسلطة المال، والقيام بالعمليات في سرية تامة في بعض الأحيان. كما أن هذه الظاهرة عرفت بتدخل بعض الوسطاء الذين يلجؤون إلى البحث عن راغبات في تأجير أرحامهن مقابل مبالغ مادية، كما لو كان الأمر بالبحث عن لاعبي كرة قدم، حيث يتم التعاقد معهن عبر توقيع عقد بين الطرفين وبعد الاتفاق على مقابل مادي يحدد مسبقاً، على أن ينتهي دور الحاضنة أو البديلة بعد الولادة مباشرة... الخ انظر: انتشار ظاهرة تأجير الأرحام في المغرب، نشر في 31/3/2013، جريدة المغرب المغربية، على الرابط الآتي: (<http://www.maghress.com/telexpresse/13602>) تم الرجوع إليه بتاريخ 2017/8/9 الساعة: 5:30 مساءً.

وقد صادقت الحكومة المغربية على مشروع قانون المساعدة على الإنجاب في المملكة المغربية رقم (14-47) في جلستها يوم الخميس 2016/4/7؛ والذي عرف تأجير الرحم بأنه: "استقبال امرأة داخل رحمها لقيحه ناتجة عن الإخصاب الأنبوبي لأمشاج متأتية من زوجين، واستكمال الحمل إلى نهايته قصد تسليمها الطفل بعد الولادة بصفتها والديه الطبيعيين". وشدد المشروع على ضرورة احترام كرامة الإنسان، والمحافظة على سلامته الجسدية والنفسية وعلى خصوصياته. وقد منع المشروع أي تجارب للاستتساخ البشري، وانتقاء النسل والتبرع بالأمشاج أو بيعها، وكذلك منع الحمل لمصلحة الغير "تأجير الرحم" ووفقاً لما جاء في المشروع؛ فإنه يعاقب بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وبغرامة 500 ألف درهم إلى مليون درهم، القيام بأحد الممارسات الممنوعة في القانون، أو استحداث لقيحه بشرية لأغراض تجارية، أو صناعية، أو لأغراض غير المساعدة الطبية على الإنجاب. راجع: محمد بلقاسم، مقال منشور في هسبريس (hespress)، وهي جريدة إلكترونية مغربية، 14 بتاريخ مارس/2016 الساعة 7:35 على الرابط الآتي:

(http://m.hespress.com/sciences_nature/298655.html) تم الرجوع إليه بتمام الساعة السابعة صباحاً، بتاريخ 2017/2/1.

وهو منحى المشرع الجزائري في القانون التمهيدي المتعلق بالصحة، حيث استحدث المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالصحة مجلساً وطنياً للبيوأخلاقيات؛ "وهي مجموعة التدابير والأنشطة المتصلة بالتبرع وبنوك الأعضاء والأنسجة والدم البشري ومشتقاته وبالمساعدة الطبية على الإنجاب وفي البحث في مجال طب الأحياء" ونص المشروع التمهيدي على قصر المساعدة الطبية على الإنجاب بين الزوجين، كما يمنع القانون الجديد التبرع أو الإعارة أو البيع، وكل شيء آخر من المعاملة الخاصة بالحيوانات المنوية وبالبويضات حتى بالنسبة إلى الزوجات الصّرات، وبالأجنة الزائدة لأم بديلة أو امرأة أخرى أما كانت أم أختاً.⁽¹⁾

الفقرة -3- في قانون الإمارات العربية المتحدة:

بدأ المشرع الإماراتي بالتدخل بتنظيم تقنيات الإنجاب المساعد مؤخراً، حيث وافق المجلس الوزاري للتنمية في الإمارات العربية المتحدة على البدء بإعداد مشروع اتحادي لتنظيم المساعدة الطبية على الإنجاب، والذي سيحل القانون

⁽¹⁾ حيث نصت المادة 338 منه على ما يأتي: " تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب، حصراً، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجاً مرتبطاً قانوناً، يعانيان عقماً مؤكداً طبيّاً، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. لا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد أي شخص آخر. وأضافت المادة في فقرتها الثانية: " يقدم الزوج والزوجة، وهما على قيد الحياة، طلبهما كتابياً المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، والذي يجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية، راجع جريدة الخبر اليومي، تعديلات قانون الصحة، السنة الخامسة والعشرون، العدد 11، 2014/7809. أشار إلى ذلك بلهاقي سعيدة، المرجع السابق، ص 147.

الجديد محل القانون الاتحادي لعام 2008 بخصوص مراكز الإخصاب في الدولة، حيث يتضمن المشروع توسيع أحكام القانون الحالي لتشمل ضوابط حفظ الأمشاج، وتقنيات المساعدة على الإنجاب، وإجراءات وشروط التلقيح الصناعي، والقواعد المتعلقة بالأبحاث والتجارب، والاستعمالات غير المشروعة وما إلى ذلك من القواعد التنظيمية، إلى جانب الإجراءات المتعلقة في ترخيص المراكز. فما هو موقف المشرع في الإماراتي من عقد تأجير الرحم؟

أولاً_ في القانون الاتحادي المدني في الإمارات العربية:

لم يعترف قانون المعاملات المدنية في الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 1985/1/15، والمعدل بموجب قانون رقم 1 بتاريخ 1987/1/15، بعقد تأجير الرحم.

ثانياً_ في القانون الاتحادي المتعلق بترخيص مراكز الإخصاب الصناعي:

وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون الاتحادي المتعلق بالترخيص لمراكز الإخصاب الصناعي في الدولة رقم (11) لعام 2008 نص صراحةً على حظر تأجير الأرحام بكافة أشكاله.⁽¹⁾ فقد نصت المادة (10) منه على أنه: "يحظر على المراكز ممارسة الطرق الآتية لتقنيات المساعدة على الإنجاب:

(1) وقد أشار الدكتور حسين الأميري وكيل وزارة الصحة المساعد لسياسة الصحة العامة والتراخيص، أن إصدار التشريع الاتحادي رقم 11 لعام 2008 بشأن مراكز الإخصاب بالدولة: يحدد الإطار القانوني المناسب لتنظيم عمل هذه المراكز التي تنشط في مجال مهم من مجالات الطب الحديث. وبفضل هذا التشريع أصبحت الإمارات من ضمن الدول العربية القلائل التي أصدرت تشريعات في

1. أن يجري التلقيح الصناعي بين حيوان منوي مأخوذ من الزوج وبويضة مأخوذة من امرأة أجنبية ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم زوجته.
2. أن يجري التلقيح الصناعي بين حيوان منوي مأخوذ من رجل أجنبي وبويضة مأخوذة من الزوجة ثم تزرع البويضة في رحم زوجته.
3. أن يجري تلقيح خارجي بين حيوان منوي مأخوذ من الزوج والبويضة مأخوذة من الزوجة ثم تزرع في رحم امرأة متطوعة بحملها.
4. أن يجري تلقيح خارجي بين حيوان منوي مأخوذ من رجل والبويضة مأخوذة من امرأة ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم امرأة أخرى.
5. أن يجري تلقيح خارجي بين حيوان منوي مأخوذ من الزوج والبويضة مأخوذة من الزوجة ثم تزرع في رحم زوجة أخرى له.⁽¹⁾

هذا المجال تم بمقتضاه وضع شروط وضوابط ترخيص مراكز الإخصاب، وتقديم الخدمات الصحية في إطار المساعدة الطبية. وقد حدد القانون بدقة مختلف تقنيات الإنجاب التي يمكن ممارستها في مراكز الإخصاب على أن هذا التحديد قابل للانفتاح على أي تقنيات جديدة معتمدة عالمياً. وزارة الصحة: الإمارات على درب الريادة في مجالات الطب الحديث والإخصاب، وام (Wam) وكالة أنباء الإمارات، بتاريخ 2015/12/23، على الرابط الآتي: <http://www.wam.ae/ar/details/139528959516422017/12/16> تم الرجوع إليه الساعة 12 ظهراً بتاريخ 2017/3/4، الساعة 1 ظهراً.

⁽¹⁾ الموافقة على إعداد مشروع اتحادي في شأن المساعدة الطبية، مجلة البيان عبر الإمارات، 10 أكتوبر 2016 على الرابط الآتي: (<http://www.albayan.ae/across>) تم الرجوع إليه الساعة 12 ظهراً بتاريخ 2017/3/4، الساعة 1:15 ظهراً.

إذ أباح التشريع الاتحادي اللجوء إلى تقنية الإنجاب المساعد بين الزوجين فقط بعد ثبوت تعذر الحمل بالاتصال الطبيعي، فمنع تدخل طرف ثالث في الإنجاب سواء أكان رجلاً أم امرأة.⁽¹⁾

وعلى ذلك حظر المشرع الإماراتي تأجير الأرحام بكافة صوره، فمنع قيام أي امرأة بالحمل لحساب الغير سواء أكانت، المتطوعة في الحمل، هي زوجة ثانية أم امرأة أجنبية، وذلك في الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة من المادة السالفة الذكر.

ثالثاً_ في قانون العقوبات الاتحادي في الإمارات العربية المتحدة:

نص التشريع الاتحادي الحالي على حظر تأجير الرّحم صراحةً من دون تجريمه أو وضع عقوبة له.⁽²⁾ فلم ينص قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لعام 1987، والمعدل بالقانون رقم (34) لعام 2005،

⁽¹⁾ كما وضع التشريع الاتحادي رقم (11) لعام 2008 شروطاً وضوابط عند ممارسة تقنيات الإنجاب المساعد في المادة (9) وهي: 1. أن تكون تقنية الإنجاب المساعد هي الوسيلة الوحيدة للإنجاب بعد ثبوت تعذر الحمل بالاتصال الطبيعي لفترة لا تقل عن سنة إلا إذا وجد تشخيص مسبق بوجود عقم فلا يتم الانتظار سنة. 2. أن تتم تقنية المساعدة على الإنجاب بموافقة الزوجين. 3. أن يقر الزوج بقيام الزوجية بإظهار وثيقة رسمية بالزواج عند التلقيح وعند زرع البويضة الملقحة. 4. ألا يكون في تقنية المساعدة على الإنجاب خطر على حيلة الزوجة أو ضرر بليغ على صحتها طبقاً للمتعارف عليه طبياً ويثبت ذلك بشهادة من طبيب أخصائي تم تعيينه الإنجاب على يد مختصين مؤتمتين طبقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون. 5. أن تتم بحضور الزوج إلى مركز الإخصاب.

⁽²⁾ كما حظر المشرع البحريني تأجير الرحم بموجب المادة (7) من القانون رقم (26) لعام 2017، بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الصناعي والإخصاب.

وبالقانون رقم 52 لعام 2006؛ على تجريم تأجير الأرحام أو فرض عقوبة على من يلجأ لمثل هذه العمليات.

الفقرة -4- في القانون السوري:

لم يتدخل المشرع السوري لوضع قوانين تنظم أحكام الإنجاب الصناعي "الإنجاب المساعد طبيًا" على نحو عام، وكل ما ينشأ عن هذه التقنيات من جديد. فينبغي أن تواكب القوانين تطورات العصر، وخاصة في مجال الإنجاب المساعد طبيًا، الذي من آثاره عقد تأجير الرحم، والذي يمس المجتمع بكافة جوانبه الأخلاقية، والطبية، والدينية، والقانونية. ويمس أهم خلية في المجتمع ألا وهي الأسرة.

وفي الحقيقة انتشرت في الآونة الأخيرة في معظم محافظات القطر مراكز أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي. وهذا الأمر في غاية الأهمية لأن من شأنه أن يقلل كثيراً من حالات العقم، إلا أنه لا يوجد حتى الآن أي إطار قانوني لعمل مثل هذه المراكز، مما يتطلب تدخل المشرع لوضع مثل هذا الإطار.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن وزارة الصحة أصدرت قراراً في حزيران 2008 من أجل تحديد شروط منح التراخيص لمراكز أطفال الأنابيب، ومن بعده القرار الصادر بتاريخ 2012/7/9، والمعدل بالقرار رقم 121 لعام 2015. وبموجب

(1) د. فواز صالح، قانون زرع الأعضاء والتبرع بها، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد السادس، الطبعة الأولى، 2010، ص240 وما بعدها.

المادة (25) من القرار الأخير يُمنع تأجير الرَّحم في سورية، إذ تنص على أنه: "لا يجوز زرع بيضة مخصبة في رحم زوجة أخرى أو امرأة أخرى ولا يجوز التلقيح بنطفة من غير الزوج ولا تخصيب بويضة لغير الزوجة." (1)

وهذا لا يغني عن تدخل المشرع من أجل تنظيم هذا النوع من النشاط الطبي. (2) فما الذي يضمن لنا ألا تقوم هذه المراكز بزرع بيضة مخصبة في رحم زوجة أخرى أو امرأة أخرى؟ ونتساءل هنا عن طبيعة عقد تأجير الرَّحم في القانون السوري؟

أولاً- في القانون المدني السوري:

لم ينظم القانون المدني السوري رقم 84 الصادر بتاريخ 18/5/1949، المستحدثات الطبية الناتجة من جراء بعض الانعكاسات الطبية الحديثة المتعلقة بالأسرة، ومنها عقد تأجير الرَّحم موضوع بحثنا، فهذا العقد من المستحدثات الطبية الحديثة في مجال الإنجاب الصناعي، لأنه لم يكن من المتصور حدوث مثل هذه التقنية وقت صدور هذا القانون.

ولم يعترف قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 188 لعام 1959 وتعديلاته، بعقد تأجير الرَّحم.

(1) قرار وزير الصحة رقم 121 بتاريخ 2015/7/9.

(2) وذلك كما فعلت بعض الدول العربية مثل الجزائر والمغرب العربي وتونس والإمارات العربية المتحدة....

وقد حاول بعض الباحثين تكييف العقد بين صاحبة الرّحم والزّوجين أنّه يقترب إلى حد ما من عقود كثيرة من بينها عقد البيع، وعقد الإيجار، وعقد المقالولة.⁽¹⁾

ومن وجهة نظري إنّ الاختلاف بين عقد تأجير الرّحم وهذه العقود تنطلق من فكرة أنّ الإنسان لا يمكن أن يكون ضمن قائمة الأشياء، فهو عقد ذو طبيعة خاصة ولا يمكن قياسه على أي عقد من العقود الأخرى. فلا يمكن مقارنة عقد تأجير الرّحم مع عقد الإيجار، أو أي عقد آخر من العقود المسماة التي نظم أحكامها المشرع السوريّ في التقيين المدنيّ سواء أكان بيعاً، أم مقالولة، أم وكالة. ولا يمكن قياسه على أي عقد من العقود الأخرى، وذلك بسبب اختلاف المحل في عقد تأجير الرّحم عن أي عقد آخر، فعقد الإيجار، كعقد البيع، يرد على الشّيء، بينما عقد تأجير الرّحم يرد، من حث الواقع، على جسم كائن بشري، ولا يمكن معاملة جسم الإنسان كمجرد شيء.

ويرى الدكتور طاهر دامجي، رحمه الله، أنّ: " الاتفاق الجاري بين الأمّ البديلة والزّوجين صاحبي اللقيحة بحسب القانون السوري إنّما هو عقد غير مسمى، لا تنطبق أحكامه مع أي من العقود المسماة، ويمكن أن نطلق عليه

(1) عبد الرزاق الشيبان، استئجار الرحم...، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها. رباح علي علوش، الإنجاب المساعد طبياً بين الشريعة الإسلامية والقانون، بحث علمي لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، 2011، ص 62 وما بعدها. ميادة محمد شريف القرعان، تأجير الأرحام، بحث قانوني لنيل درجة أستاذ في المحاماة، نقابة المحامين، فرع دمشق، دون تاريخ نشر، ص 15 وما بعدها. وليد حمود، استئجار الرحم بين الشريعة الإسلامية والقانون، بحث علمي اعد لنيل لقب أستاذ في المحاماة، نقابة المحامين فرع دمشق، 2013، ص 19، وما بعدها.

"الحمل في رحم الغير" ولما كان لا يشبه أي عقد من العقود المسماة وَجَبَ تطبيق القواعد العامة عليه.⁽¹⁾

حيث إنّ القواعد العامة تشترط أن يكون العقد غير المسمى مطابقاً للنظام العام والآداب، ومن ثمّ فإنّ عقد تأجير الرّحم يعدّ عقداً غير مسمى باطل في القانون السّوري، وذلك للأسباب الآتية:

1_ مخالفة عقد تأجير الأرحام لمبدأ "خروج جسد الإنسان عن دائرة التّعامل":

إنّ جسم الإنسان وأعضائه لا يمكن أن تكون محلاً للحقوق المالية، وفق هذا المبدأ يمكن القول ببطالان مثل هذه العقود التي تقع بين الأزواج غالباً من جهة، وصاحبة الرّحم من جهة أخرى، ذلك أنّ الأخيرة عندما اتفقت على الحمل لحساب الغير أخذت مقابلاً لهذا العمل. ولو رجعنا إلى القواعد العامة لوجدنا أنّ كل الأشياء يمكن أن تكون محلاً للتصرفات القانونيّة على ألا تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون. فقد نصت المادة(83) من القانون المدنيّ السّوريّ على أنّ " كل شيء غير خارج عن التّعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق الماليّة".

وعليه يعدّ عقد تأجير الرّحم باطلاً، وذلك بموجب المادة (136) من القانون المدنيّ السّوريّ، التي تنص على أنّه: " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام

(1) د. طاهر دامرجي، الأمّ البديلة في القانون المدني السوري، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 33، العدد الثاني، 2017، ص15 وما بعدها.

العام أو الآداب كان العقد باطلاً." فمحل عقد تأجير الرحم هو "الانتفاع برحم المرأة مدة معينة"، إذ لا يمكن أن يكون جسد المرأة محلاً لعقد الإيجار.

وكذلك بموجب المادة (526) من القانون المدني السوري والتي تنص على أن: " الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم."

ويتضح لي من تعريف المشرع السوري لعقد الإيجار؛ أنّ الإيجار يرد على شيء معين، أما تأجير الأشخاص فلا يدخل تحت تسمية عقد الإيجار، فلا يمكن أن يكون الرّحم محلاً لعقد الإيجار قانوناً، لأنّه لا يمكن تصنيف الرّحم من الأشياء، فهو عضو من جسد المرأة غير منفصل عنها، فالمرأة التي تحمل لمصلحة الغير لا تشارك بالرّحم وحده، بل بكيانها كله.

2_ مخالفة عقد تأجير الرحم للنظام العام في سورية:

لا يجوز قانوناً التّعامل بجسم الإنسان، إذ لا يمكن أن يكون محلاً لحق مالي، وقد استثنى المشرع السوري من مبدأ منع التّعامل بجسم الإنسان، التّبرع بالأعضاء،⁽¹⁾ وذلك تحقيقاً لغاية نبيلة تتمثل في إنقاذ حياة من يحتاج إلى عضو، ومن ثمّ يحمل التّبرع معنى الإيثار. وقد أحاط المشرع عملية التّبرع بضمانات مدنية وجزائية من أجل ضمان احترام هذا الشرط. وتتمثل الضّمانات

(1) القانون رقم 30 تاريخ 20/11/2003 المتعلق بنقل الأعضاء وزراعتها.

المدنيّة في بطلان العقد إذا كان التبرع بمقابل.⁽¹⁾ ومن ثمّ فإن بيع الأعضاء غير جائز لأنّه يتنافى مع مبدأ احترام الكرامة الإنسانية المتأصلة في الكائن البشريّ. ونتيجة ذلك منع القانون أن يكون التبرع بالأعضاء مقابل نفع مادي أو معنوي.⁽²⁾

ولا يجوز للأفراد التّخلي عن مبدأ حرمة الجسد البشريّ، وإن كان ليس مطلقاً، بالعمل غير المشروع. فالقدرة على اتخاذ قرار الموافقة مقيدة، لذا كانت وما زالت قدرة الإنسان على التّصرف بجسده مقيدة في معظم القوانين الحاليّة إلى أبعد مدى، فلا عبء برضا صاحب الشّأن بالأفعال التي من شأنها المساس بحرمة الجسد البشريّ وسلامته، إلّا إذا كانت لضرورة مشروعة تقرها القوانين كالعلاج مثلاً.⁽³⁾

(1) وقد ذهبت المادة الثانية من القانون رقم 30 لعام 2003 إلى أنه: "يمكن نقل الأعضاء وغرسها من شخص حي إلى حي آخر في حالة كون النسيج أو العضو منقولاً من جسم إلى آخر وفقاً للشروط الآتية: 1. أن لا يقع النقل على عضو أساسي للحياة حتى لو كان ذلك بموافقة المتبرع. 2. أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاث أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع لتقرير ما إذا كان نقل عضو من جسم المتبرع لا يشكل خطراً على حياته ومدى حاجة المستفيد لعملية النقل. 3. ألا يتم نقل العضو إلا من المتبرع كامل الأهلية وبعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة موثقة. 4. ألا يتم النقل من متبرع قاصر إلا إذا كان المستفيد والمتبرع شقيقين توأمين ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي. 5. لا يجوز إجراء عملية الغرس على المستفيد قبل الحصول على موافقة خطية صريحة منه أو من وليه الشرعي أو من عائلته. 6. أن لا يتم تنازل المتبرع عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو بغاية الربح وعلى أن يكون له الحق في العلاج في مشافي الدولة وعلى نفقتها."

(2) د. فواز صالح، قانون زرع الأعضاء والتبرع بها، المرجع السابق، ص 243.

(3) د. فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، المرجع السابق، ص 7.

وبناءً على ذلك لا عبء لرضا المرأة بتأجير رحمها، فعلى فرض وجود ضرورة لدى الأزواج في الإنجاب ورغبة لدى مؤجرة الرحم في مساعدتهم، فلم تفر لهم القوانين هذه الضرورة. فلم يسمح القانون السوري للمرأة بتأجير رحمها أو التبرع بمنفعته لمدة مؤقتة حتى لو كان يحمل معنى الإيثار. وإن عنصر الضرورة غير متوافر في عقود تأجير الأرحام؛ لأن الضرورة التي يمكن لنا الاعتداد بها هي إنقاذ حياة إنسان من الهلاك. فما هي الضرورة القصوى من تأجير الأرحام إلا الرغبة في الإنجاب؟؟! وينبغي علينا أن ننظر على مستوى أطراف العقد، وليس على مستوى شخص، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة. فلو نظرنا إلى الأزواج لوجدنا الضرورة عندهم هي "الرغبة في تحقيق غريزة الأبوة والأمومة"، ولكن بالمقابل لا نجد حالة الضرورة متوافرة لدى صاحبة الرحم حتى تخرج عن مبدأ حرمة الجسد البشري من جهة، وعدم قابلية التصرف بالجسد البشري من جهة أخرى. فلا يمكن للمرأة أن تضع جسدها تحت تصرف الآخرين إلا في حالات الضرورة ويكون القصد من المساس هو تحقيق مصلحة علاجية للشخص.

وقد وقف المشرع السوري عند تحريم تأجير الرحم من دون أن يعالج ما يترتب على هذا العقد وما يولده من التزامات، ولعل السبب في ذلك عدم وجود سابقة قضائية حول الموضوع. ولكن ماذا لو حصل هذا العقد في سورية؟! فما موقف المشرع من الالتزامات التي تنشأ من هذا العقد؟ والقضية الأهم لمن ينسب طفل تأجير الرحم؟! إذ أن حرمة الشيء لا يمنع من البحث عن آثاره إذا وقع فعلاً.

ثانياً_ في قانون العقوبات السوري:

لم يجرم قانون العقوبات السوري رقم (148) الصادر بتاريخ 1949/6/22 وتعديلاته، تأجير الرّحم، "فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".⁽¹⁾ إلا أنّ المشرع السوري يعاقب على الأفعال التي تؤدي إلى الإساءة للجسم البشري، بما فيها أي أفعال مسيئة للأعضاء البشرية، وذلك في الأحوال الآتية:

1_ يعاقب المشرع على الفعل المسيء المؤدي إلى الإعاقة. كما يدين القتل تمهيداً لجناية، في المواد (543 و 535) من قانون العقوبات السوري، فعلى سبيل المثال ينطبق هذا النص في حال قتل المجرم ضحيته بغرض الاتجار بالأعضاء.

2_ مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص وحماية الضحايا بموجب المرسوم التشريعي رقم 3 لعام 2010، والذي استمد بدوره من بروتوكول منع وقمع ومكافحة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية باليرمو) لعام 2000؛ وبموجب القانون رقم 30 لعام 2003 بشأن نقل الأعضاء وزرعها ولا سيما المادة (7) منه، والتي تقضي بمعاقبة كل من يخالف أحكام القانون المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبالغرامة من 5 آلاف إلى 10 آلاف ليرة سورية. ويشمل هذا المنع بوجه خاص أعضاء الفريق الصحي الذي له علاقة بعملية نقل الأعضاء وزرعها (أ/7). ويعاقب على

⁽¹⁾ وفق ما نصت عليه المادة (51) من الدستور الجديد للجمهورية العربية السورية لعام 2012.

الاتجار بالأعضاء بالأشغال الشاقة المؤقتة، تتراوح مدتها بين 3 سنوات إلى 15 سنة، وبالغرامة من 5 آلاف إلى 10 آلاف ليرة سورية، فجريمة الاتجار بالأعضاء هي جريمة جنائية الوصف، وفقاً لما جاء بالمادة (7/ب).

وقد تضمنت المادة (4) من المرسوم رقم 3 لعام 2010، تعريف الاتجار بالأشخاص على وجه العموم، دون تمييز بين أشكاله، إذ جاء فيها:

"1_ يعدّ اتجاراً بالأشخاص، استدراج الأشخاص، أو نقلهم، أو اختطافهم، أو ترحيلهم، أو إيوائهم، أو استقبالهم، لاستخدامهم في أعمال ولغايات غير مشروعة، مقابل كسب مادي، أو معنوي أو وعد به، أو بمنح مزايا، أو سعيّاً لتحقيق أيّ من ذلك."

ويمكن القول إنّ الاتجار بالأعضاء البشرية هو: صورة من صور الاتجار بالبشر، يمارسها أفراد جماعات إجرامية منظمة، عن طريق الخطف أو السرقة أو القتل أو الإكراه أو الخداع أو استغلال الحاجة، للحصول على أعضاء إنسان مقابل مبلغ من المال أو من دون مقابل، بهدف إعادة بيعها لأشخاص بحاجة ماسة إليها بأسعار باهظة. وهنا يثور التساؤل هل يندرج تأجير الرّحم ضمن جرائم الاتجار بالبشر؟

لم ترد عقود تأجير الأرحام بشكل صريح تحت نطاق جرائم الاتجار بالبشر، ومن وجهة نظري، يعدّ تأجير الرّحم من الأفعال المسيئة للجسم البشري، والتي تدخل ضمن حالات الاتجار بالبشر، إذ يتم استدراج النساء

الرّغبات في الحمل لمصلحة الغير من قبل شركات الوساطة، والتي تسعى لتحقيق الرّبح واستغلال النّساء الفقيرات.

كما تؤدي هذه العقود إلى المساس بالكرامة المتأصلة بالنّفس البشريّة؛ التي يقرها الدّستور السوريّ،⁽¹⁾ فبالنّسبة إلى المرأة ينافي كرامتها حين تتحول الأرحام إلى سوق تباع فيها الأمومة وسوق للربح، فقد فتح الباب أمام الكثير من النّساء الفقيرات في العالم واستغلال المرأة نفسها لصالحها فتؤجر رحمها، لأنّها تجد مخرجاً للحصول على الأموال. وبالمقابل قد يفتح ذلك المجال للأثرياء باستغلال أرحام الفقيرات وحصول النّساء الأثرياء على الأطفال من دون شعور بالألم ومتاعب المخاض مقابل مبلغ من المال. وذلك يشكل انتهاكاً لكرامة المرأة وحقوقها. وينافي كرامة الطّفل الذي ضاع نسبه بين أمٍ بيولوجية "صاحبة البويضة" وأمٍ حاملة "صاحبة الرّحم". فقد ترفض الأم البديلة تسليم الطّفل، لأنّ مشاعرها تتغير بالحمل والولادة، وذلك لأنّ الرّحم عضو بشري له علاقة بالمشاعر والعواطف.

ويؤكد ذلك بعض النّاشطين في حقوق الإنسان: "أنّ عقود تأجير الأرحام ما هي إلّا إحدى حالات الاتجار بالبشر كونها تتنافي مع الشّريعة الدّولية لحقوق الإنسان، ابتداءً من ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان،

(1) يكرس الدستور السوري 2012 مبدأ احترام الكرامة الإنسانية صراحة: فقد جاء في ديباجة الدستور الرئيسة "الحرية حق مقدس والديمقراطية الشعبية هي الصيغة المثالية التي تكفل للمواطن ممارسة حريته التي تجعل منه إنساناً كريماً..". وتنص المادة 33 / 1 من الدستور على أن " الحرية حق مقدس وتكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم."

والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ التي جاءت لتؤكد على ضمان الكرامة الإنسانية المتأصلة بالنفس البشرية، فضلاً عن العديد من الاتفاقيات الدولية الأخرى؛ التي أكدت على حماية الحق في الأمومة وضمان النماء الطبيعي ابتداءً من حقوق الطفل ومروراً باتفاقية القضاء على أي شكل من أشكال التمييز ضد المرأة...⁽¹⁾

الفقرة 5- في القانون المصري:

لم يقنن المشرع المصري عمليات الإنجاب المساعد ومن ضمنها تأجير الرحم بقانون خاص ينظم أحكامها.⁽²⁾ فما هو موقف المشرع المصري من عقود تأجير الرحم؟

⁽¹⁾ وفي الحقيقة أن مثل هذه الحالات توجد في بعض دول العالم والتي تم إطلاق مصطلح "البؤرة السوداء" عليها، وذلك في الدول التي تشرعن أو تسمح اللجوء إلى مثل هذه العقود، وفي واقع الحال هناك تعارض كبير بينها وبين المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ويجب على جميع الدول بموجب الشرعية الدولية لحقوق الإنسان أن تتخذ كافة التدابير التشريعية والقضائية والتنفيذية لمنع مثل هذه العقود. انظر لقاء على قناة (MBC) مع المحامي صدام عزام الناشط في حقوق الإنسان من الأردن بتاريخ 2013/10/4 على الرابط الآتي: <http://www.mbc.net/ar/proram/mbc-in-week/articales> تم الرجوع إليه بتاريخ 2016/11/2 الساعة: 6:30 مساءً.

⁽²⁾ ولكن تنبغي الإشارة إلى وجود مسودة مشروع قانون ينظم الإخصاب الصناعي وأطفال الأنابيب في مصر وأصبحت جاهزة للتصويت عليها في مجلس الشعب المصري، وتحظر المادة (4) منه استئجار الأرحام. فقد وافقت لجنة الاقتراحات والشكاوي بمجلس الشعب على مشروع قانون بشأن تنظيم عمليات التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، حيث يتضمن المشروع ثمان مواد تهدف إلى وضع ضوابط لهذه العملية، وحتى لا تتم أطفال الأنابيب بطريقة غير مشروعة. وتتص المواد على عقوبات مشددة لكل من يخالف حكماً من أحكام هذا القانون بالسجن وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز خمسين ألف جنيه. انظر: مجلة اليوم السابع الاثنين: 25/ 5/ 2009 على الرابط

أولاً_ في القانون المدني المصري:

لم نجد في القانون المدني المصري رقم 131 الصادر بتاريخ 7/29/1948، ما ينظم عقد تأجير الرّحم. فهذا العقد ناتج عن المستحدثات الطّبية الحديثة في مجال الإنجاب الصّناعي، فلم يكن من المتصور حدوث مثل هذه التّقنية وقت وضع التّقنين الحالي. ولم يعترف قانون الأحوال الشّخصية المصري رقم 25 في عام 1929، وتعديلاته، بعقد تأجير الرّحم.

وقد ذهب غالبية فقهاء القانون في مصر إلى معارضة زرع بويضة ملقحة في رحم المرأة لمصلحة الغير سواء أكانت زوجة ثانية أم أجنبية.⁽¹⁾ بينما اختلفوا حول تحديد ركن المحل والسّبب في عقد تأجير الرّحم على النّحو الآتي:

الاتجاه الأوّل: يرى جانب من الفقه أنّ محل التّصرف ليس فقط جسد المرأة "الحاملة"، إنّما أيضاً الطّفل نفسه. والقاعدة، أنّه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلّا إذا كانت المخاطر المترتبة على التّصرف منعقدة أو بسيطة، أما إذا كانت المخاطر جسيمة، فإنّه لا يجوز التّصرف لأنّه يؤدي إلى المساس بجسم الإنسان، ويكون التّصرف باطلاً لعدم مشروعية المحل. وإذا كان عقد تأجير الرّحم يترتب عليه مخاطر جسيمة غير مقبولة بالنّسبة إلى الطّفل نفسه،

الآتي: (www.youm7.com/story/2009/5/25/) تم الرجوع إلي بتاريخ 2016/6/2، الساعة الخامسة مساءً.

(1) د. مرسى زهرة، المرجع السابق، ص167. ود. هيام السماوي، المرجع السابق، ص 247 وما بعدها. د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص237 وما بعدها. ود. حسين محمد ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد، في مهنة التوليد، ط1، دار التعاون القاهرة، 2004، ص37.

فإنَّ العقد يكون باطلاً لعدم مشروعية المحل. كما أنَّ سبب عقد تأجير الرَّحم يعد غير مشروع. وهو نسبة المولود إلى امرأة لا تعدَّ أمَّه الحقيقية. أي أنَّه يؤدي إلى نسب الطَّفل على وجه مغاير للحقيقة. وأحكام النَّسب كما هو معروف، تتعلق بالنَّظام العام، لا يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها المقررة شرعاً وقانوناً. لذا إن مثل هذا العقد يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية المحل والسَّبب.⁽¹⁾

الاتجاه الثَّاني: يرى أنَّ محل عقد تأجير الرَّحم هو "رحم المرأة" التي وافقت بشغله لحساب الغير، وهي تلتزم به خالياً غير مشغول بحمل وظاهراً من كل معوقات الحمل بأن تكون غير نفساء أو غير حائض. والسَّبب القصدي في العقد هو "الحصول على التزام صاحبة الرَّحم بحمل جنين ناشئ عن نطفتيهما الأمشاج". وبالنَّسبة إلى الأمِّ المستأجرة هو "الحصول على التزام الأبوين البيولوجيين بالوفاء بمقابل ذلك أو إسداء خدمة لهما".⁽²⁾

ويؤخذ على رأي الفريق الأوَّل أنَّ السَّبب الدَّافع إلى تعاقد الزَّوجين مع الأمِّ البديلة هو "الرَّغبة في الحصول على الولد"، وهي رغبة بحد ذاتها مشروعة، وليس الحصول على المولود ونسبته إلى غير أمه الحقيقية. كما خلط أصحاب الرأى الثَّاني بين سبب العقد وبين محل التزام صاحبة الرَّحم حيث إنَّ الدَّافع الرئيس للتعاقد يتجسد ليس بتسخير طاقتها التناسلية لحمل نطفة أمشاج كما ذهب أصحاب هذا الرأى إنما يتمثل السَّبب الحقيقي في الرَّغبة الملحة للحصول

(1) د. محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص 181 وما بعدها.

(2) د. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

على ولد، وما تسخير طاقات المرأة التناسلية في كافة أطوار الحمل إلى حين الوضع إلا مجرد أحد التزاماتها الرئيسية الناشئة عن إبرام العقد. وإن ما يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل التزام صاحبة الرحم وهو "تسليم الطفل عقب ولادته لأبويه الوراثيين"، وتجاهل وضع الأم بالرحم لأن القانون المصري قد أخذ بواقعتي الحمل والولادة كمعيار لثبوت نسب الطفل لجهة الأم كقاعدة عامة وتسليم الطفل إلى أمه الوراثية.⁽¹⁾ ولا يمكن القول إن جسم الإنسان لا يصلح لأن يكون محلاً لاتفاق مشروع. ففكرة استحالة التعامل فيه أو مخالفته للنظام العام أو الآداب لا يصلح سبباً كمعيار لتحديد التصرف المشروع أو غير المشروع، مما لا شك فيه أن الجسم يصلح لأن يكون محلاً لتصرفات مشروعة كالاتفاق على إجراء العمليات الجراحية. ولكن لا يعني مشروعية جميع التصرفات التي ترد على جسم الإنسان بشكل مطلق ، وكأنما لا فارق بينه وبين الأشياء، فالحد من مشروعية التصرف يساعد على الحفاظ على مبدأ حرمة جسد الإنسان، الذي يوضع فوق الاتفاقات القانونية. فلا يمكن القول مطلقاً بعدم مشروعية مثل هذه العقود لمجرد تعلقها بجسم الإنسان، فهناك استثناءات ترد على ذلك كالاتفاقات على إجراء عمل جراحي، والتبرع بالأعضاء. ولا يصح الاعتماد على نظرية السبب وحدها كمعيار لتحديد مدى إباحة أو حظر تأجير الأرحام، لا بد أن يقترن هذا المعيار بعنصر الضرورة فهل يتوافر عنصر الضرورة من أجل إبرام تلك العقود؟⁽²⁾

(1) د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص 247 وما بعدها.

(2) د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص 259 وما بعدها.

- الرأي الشخصي :

إنَّ محل عقد تأجير الرَّحم هو، " الانتفاع بِرَّحم المرأة لمدة مؤقتة " و"الأجرة المدفوعة"، فمحل الالتزام هو محل العقد،⁽¹⁾ فيمكن القول إنَّ محل عقد تأجير الرَّحم هو " شغل رحم امرأة بالبويضة المخصبة " أي الانتفاع برحمها إلى حين الولادة وإن كانت المنفعة ترد على جسم المرأة أو جزء منه " رحمها"، إلا أنَّ ذلك هو الواقع بحيث يكون الانتفاع مرتكزاً على استغلال جزء من جسم الإنسان لمدة معلومة مقابل أجرة معلومة. ولا يعدّ تسليم الطَّفل محلاً لعقد تأجير الرَّحم، كما لا يمكن القول إنَّ تسليم الطَّفل أو نسبه يعدّ محلاً لهذا العقد، وإنما هو أثر من أثاره بالنسبة إلى الدَّول التي تعدّ هذا العقد مشروعاً ومنتجاً لأثاره وفق قوانينها.

أما عن السَّبب فهو سبب التزام المتعاقدين في هذا العقد، فسبب التزام الأزواج في عقد تأجير الرَّحم هو " الحصول على المولود" أو بمعنى الألق "الرغبة بالبنوة"، وبالنسبة إلى صاحبة الرَّحم التي قبلت شغل رحمها لحساب الغير هو " الحصول على الأجرة" المتفق عليها في العقد.

وفيما يأتي نورد الحجج والأسانيد التي استند عليها الفقهاء القائلون بتحريم عقد تأجير الرَّحم:

(1) بما أن محل الالتزام على نحو غير مباشر محل العقد الذي ينشئه، لأن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي ينشئها... فواز صالح، أركان العقد، الموسوعة القانونية، المرجع السابق، ص 160.

1_ معارضة عقد تأجير الرحم لأحكام الشريعة الإسلامية:

تعدّ الشريعة الإسلامية من المصادر الرئيسة للقانون المصري.⁽¹⁾ حيث إنّ تأجير الأرحام يخالف القيم الاجتماعية والمشاعر الإنسانية التي تحرص عليها الشريعة الإسلامية حيث إنّ الأمّ الحامل لا تستطيع أن تتكر علاقة الطفل المولود بها خاصة أنها حملته وعانت مشقات الحمل ومتاعب الولادة، كما لا تستطيع أن تتكر علاقة الطفل بالزوجة صاحبة البويضة المخصبة من زوجها، والتي اقتصر دورها على مجرد إفراز بويضة من دون مشقة أو تعب، الأمر الذي يؤدي إلى القول إنّ للطفل أمين "الأمّ صاحبة البويضة، والأمّ التي حملت" حيث إن إنكار صلة الطفل بها فرض لا يمكن تصوّره لما يثير من مشكلات قانونيّة معقّدة.⁽²⁾

وقد ذهب مجمع البحوث الإسلامية في مصر إلى تحريم تأجير الأرحام بكافة أشكاله، وذلك في دورته المنعقدة في 4 محرم 1422 الموافق 1/29/2003 إذ قرر أنّه: " يحرم استخدام طرف ثالث في عملية الحمل سواء كان الموضوع سائلاً منوياً أو بويضةً أو جنيناً والطرف الثالث سواء عن طريق التّأجير أو التّبرع ".⁽³⁾

⁽¹⁾ تنص المادة الثانية من الدستور المصري على ما يأتي " إن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع."

⁽²⁾ د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص 237.

⁽³⁾ مجمع البحوث الإسلامية: هو هيئة من هيئات الأزهر، وهو الهيئة العليا للبحوث الإسلامية، وتقوم بالدراسة في كل ما يتصل بهذه البحوث، وتعمل على تجديدها وتحديثها من الفضول والشوائب. وموقعه الرسمي على الشبكة : (<http://www.azher.eg/magmaa>)

كما أكد علماء الأزهر أن الإسلام يحرم ذلك طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا..﴾⁽¹⁾ والوالدان هم الأم والأب، فقال المولى عز وجل في تعريف الأم والأب ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۖ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ يُخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ۖ﴾⁽²⁾ والصلب يعني صلب الرجل والترائب تعني ترائب المرأة، ومن ثم يكون الأب الحقيقي هو صاحب الماء الدافق أي النطفة والأم هي صاحبة البويضة والرحم لأن الجنين يتغذى في رحم أمه ومن دمها فيصير ابنها بالدم والغذاء.⁽³⁾ فهذا الأمر مرفوض تماماً في الشريعة الإسلامية نظراً لاختلاط الأنساب والحرمان.⁽⁴⁾

2_ تعارض عقد تأجير الرحم مع النظام العام:

يعدّ الجسم البشري من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقدساً، ولا يجوز التصرف أو التعامل فيه، ولا يجوز أن يكون محلاً لأي اتفاق إلا من أجل صيانته أو حفظه، وعلى نحو يعدّ المساس به انتهاكاً لحرمة أو معصوميته. وتحقيقاً لذلك تعدّ حرمة جسم الإنسان وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها،

(1) سورة الإسراء، الآية: (23).

(2) سورة الطارق، الآية (6).

(3) تأجير الأرحام حرام شرعاً ولا يثبت النسب، علماء الأزهر، مقال منشور على الرابط الآتي: (<http://www.alarabiya.net/ar/arab-and-world/Egypt/2016/03/15>) تم الرجوع إليه في الساعة: (3:15) مساءً بتاريخ 2016/2/1.

(4) وقائع عن الندوة المصرية عن أخلاقيات الممارسات البيولوجية، اللجنة المصرية للأخلاقية الحيوية، القاهرة في 27 - 30 سبتمبر 1997، اللجنة الوطنية المصرية للتربية والعلوم والثقافة (يونسكو - اليسكو - ايسيكو) 1998، ص 108.

ولا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطاً بحماية كاملة، ويرجع ذلك إلى أن حق الإنسان لا يستقل به وحده بل هو حق لله وللمجتمع. وانطلاقاً من ذلك قد يثير تأجير الأرحام العديد من المشكلات منها ما هو قانوني ومنها ما هو أخلاقي (اجتماعي).⁽¹⁾

حيث إن عقد تأجير الرحم يخالف مبدئين رئيسيين يحكمان جسم الإنسان استقرا في القوانين وباتت مخالفتها تشكل جريمة يعاقب عليها القانون. وهذان المبدآن هما: مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان، ومبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل أو عدم جواز التصرف بجسم الإنسان. ويستوجب المبدأ الأول حظر الأفعال التي من شأنها المساس بجسم الإنسان، كما أن تحديد النسب من الأمور التي ينفرد القانون بوضع شروطه، ولا يجوز الاتفاق على خلافها لتعلقها بالنظام العام.

وفي الواقع لا نجد ما يبرر تأجير الرحم سوى نبل الغاية. فقد يهدف إلى مساعدة امرأة عقيمة على تحقيق رغبتها في الحصول على ولد. فالإيثار هو الدافع الذي يكمن وراء نظام الحمل لحساب الغير. حيث تضع المرأة "الحامل" طاقتها التناسلية تحت تصرف الغير من دون استثمار، أو استغلال لجسم الإنسان. لكن هذه الغاية مهما كانت لا تكفي إطلاقاً، للقول بمشروعية تأجير

(1) د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص 14.

الرَّحِم، فالغاية لا تبرر الوسيلة إذا كانت مخالفة لاعتبارات النِّظام العام والآداب.⁽¹⁾

3_ انعدام الضرورة العلاجية عند صاحبة الرَّحِم:

حيث إنَّه من شروط الإنجاب الصِّناعي وجود ضرورة طبية تتطلب ذلك، والمتمثلة في علاج آثار العقم، وذلك ما لا يتوافر بشأن المرأة التي تحمل لحساب غيرها، فهذه غير مريضة ولا تعاني من العقم، لذا لا يباح إخضاعها لعمليات الإنجاب الصِّناعي، فالضرورة تقدر بقدرها.⁽²⁾

4_ إلحاق أضرار نفسية جسيمة بأطراف العملية:

فقد يتعرض الزَّوج إلى صدمات وعقد نفسية لإحساسه بالغيرة القاتلة لتدخل الغير في أخص خصوصياته، وهي رغبته في الإنجاب، فضلاً عن فقدته شعور الأبوة تجاه هذا الطِّفل الذي أنجبته امرأة غير زوجته، مما يدفعه أحياناً إلى إقامة علاقة مع المرأة التي أنجبته. وبالنسبة إلى الزَّوجة فإنَّ قيام امرأة أخرى غيرها بالحمل عنها يفقدها شعورها بالأمومة. وقد ينصرف الأمر إلى الابن الذي لا يعرف من هي أمه الحقيقة، وما يستتبع ذلك من حرمانه عاطفة الأمومة وربما الأبوة. لأنَّ مصير الطِّفل ونسبه يكون غالباً محل نزاع بين الأم صاحبة الرَّحِم البديل، والأمَّ صاحبة البويضة المخصبة، وهذه الأخيرة قد ترفض استلامه من ناحية أخرى، يتعرض مستقبل الطِّفل للخطر، من حيث أنَّه

(1) د. محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص 181.

(2) د. حسين محمد ربيع، المرجع السابق، ص 37.

يسبب له مشكلات نفسية واجتماعية. وأولى هذه المشكلات الهجر والتّرك. فالتّرك بالنسبة إلى الطّفل، أيا كانت الطّروف والمبررات، هو ظاهرة يصعب تحملها نفسياً، وقد تترك آثاراً سلبية على الطّفل. وبالنسبة إلى المرأة "الحاملة" فإنّ هذا العقد يحول المرأة إلى مجرد أداة للحمل لا أكثر، أي ما يشبه عارية الاستعمال، إذ يتم استعارة جسم أنثى من أجل إشباع رغبات أشخاص آخرين.⁽¹⁾

وهكذا فإنّ قضية الأمّ البديلة تغطي الأمومة بحاجز ضبابي يجعل هذا المفهوم غير واضح، فبعد أن كانت الأم هي التي تحمل وتلد وتربي، وهي التي ترتبط بأسمى العلاقات الإنسانية، فقد اختلف الأمر وأصبح هناك فرق بين ما يطلق عليها الأمّ البيولوجية والأمّ بالحمل، فالجنين قد ينتمي بيولوجياً إلى امرأة بينما ينتمي إلى أخرى من خلال الحمل. فالأولى أعطته صفاتها الوراثية والأخرى قدمت له تسعة أشهر من الحمل تخللتها التغذية والحالة النفسية والعلاقات الإنسانية، فأى منهما هي الأمّ الحقيقية.⁽²⁾

ثانياً_ في قانون العقوبات المصري:

لم يجرم قانون العقوبات المصري رقم 58 لعام 1937 والمعدل بالقانون رقم 95 لعام 2003؛ تأجير الأرحام. وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنّ تأجير

(1) د. مرسي زهرة، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها.

(2) د. ناهد البقصي، الهندسة الوراثية والأخلاق، بحث منشور في مجلة علم المعارف، العدد 174، المجلس الوطني للثقافة والآداب والفنون، الكويت 1993، ص 129.

الرَّحْم يشكّل جريمة بحد ذاتها. لذا يجب أن يتدخل المشرع لتجريم هذه الحالة ووضع عقوبة لها. وبالنسبة إلى الطبيب الذي أجرى العملية فإنه يكون مسؤولاً عن جريمة هتك عرض بالقوة لخروجه عن نطاق دائرة الإباحة التي قررها القانون ويكون مسؤولاً بوصفه شخصاً عادياً.⁽¹⁾

وإذا كان الإنسان حراً بالتصرف بجسده إلا أن ذلك يرتبط بقيود معينة، وأي اتفاق على استغلال لجسم أو عضو من أعضائه يقع باطلاً مطلقاً حيث إنّ جسد الإنسان ليس محلاً للتعامل. وعلى ذلك فإنّ وضع المرأة المستأجرة طاقتها التناسلية تحت تصرف الغير (من يكون الحمل لحسابهم) مخالف للقانون ويجب أن يفرد المشرع لذلك نصاً يجرم هذا الفعل.⁽²⁾

وتتبعي الإشارة إلى أنّ مؤتمر كلية الحقوق بجامعة القاهرة المنعقد عام 1993 قد خرج بجملة من التوصيات فيما يخص عمليات الإخصاب الصناعى، أهمها:

أ. عدم جواز الاستعانة في إجراء الإخصاب الصناعى بين الزوجين برحم لغير الزوجة معاراً أو مستأجراً.

ب. عدم مشروعية الإخصاب الصناعى الذي يجري خارج نطاق العلاقة بين الزوجين أيا كان الأسلوب الذي استعمل في إجرائه، ويحدد القانون العقوبة المقررة له.

(1) د. حسني إبراهيم، المرجع السابق، ص 237. ود. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص 18.

(2) د. حسني إبراهيم، المرجع السابق، ص 237.

ج. وجوب تجريم القانون التعامل بمقابل أو من دون مقابل في الخلايا التناسلية المذكرة أو المؤنثة.⁽¹⁾

كما أنّ الندوة العالمية التي نظمها المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية⁽²⁾ تحت عنوان (الوراثة والتكاثر البشري وانعكاساتها واستعراض رؤية الأديان السماوية ووجهات النظر.) والتي عقدت بالقاهرة في الفترة ما بين 6-9 من شباط 2006 أكدت أنّه لا مجال لاستئجار الأرحام، واستخدام بويضات النساء المجهولات أو المعروفات لإعداد الأجنة أو التلقيحات، وإنبات الأجنة المجهولة النسب سواء أكانت من جهة الأب أم الأم.⁽³⁾

(1) انظر توصيات المؤتمر: د. زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 127 وما بعدها.

(2) منظمة الصحة العالمية: هي واحدة من عدة وكالات تابعة للأمم المتحدة متخصصة في مجال الصحة، وقد أنشئت في 7 أبريل 1948، مقرها الحالي جنيف، سويسرا، والموقع الرسمي لها على الشبكة هو: (www.who.int/en/)

(3) وكذلك انظر: وندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت، 11/شعبان/1403، 24 هـ. موافق 24 مايو 1983. والندوة العامة " الأسرة في عصر التحديات الأخلاقية بين المفاهيم الإسلامية والمعارف الطبية" والتي عقدها مركز دراسات التشريع الإسلامي والأخلاق، في كلية الدراسات الإسلامية في قطر بالتعاون مع جامعة جورجتان في قطر، وذلك يوم الأربعاء 7 أكتوبر 2015، وندوة تطوير العلوم الفقهية، "فقه العصر: مناهج التجديد الديني والفقه" سلطنة عمان، في دورتها الرابعة عشرة في الفترة ما بين 5 إلى 8 من شهر أبريل 2015. وندوة الأخلاق الحيوية في الوطن العربي التي أقامها المجلس الأعلى للعلوم بالتعاون مع جامعة دمشق واللجنة الوطنية للأخلاقيات الحيوية في عام 2004. والمؤتمر الثالث للرابطة العربية لجمعيات الخصوبة، في دمشق بتاريخ 26 إلى 28 آذار 2008. وورشة عمل الأخلاقيات الحيوية "أخلاقيات البيولوجية" جامعة تشرين اللاذقية، بتاريخ 30 أيلول ولغاية 2 تشرين الأول 2018.

المطلب الثاني

تحريم عقد تأجير الرحم في الشريعة الإسلامية

تعدّ مسألة تأجير الرحم من المسائل المستجدة وليدة التّقدم العلميّ والاكتشافات الطّبية في عصرنا الحاضر، وتدخل ضمن ما يطلق عليه في الفقه الإسلاميّ النوازل، أي المسائل التي لا يوجد في إثباتها نصوص شرعية صريحة كأدلة تفصيلية في موضوعها، ونقتضي من المجتهد المعاصر أن يبذل جهده، ويستقرغ وسعه في استنباط الحكم المناسب لها. فالمسألة اجتهادية عند الفقهاء تكون محل نظر واجتهاد. والاجتهاد: هو استقراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية⁽¹⁾.

ويُعرف عقد تأجير الرحم في الشريعة الإسلامية بأنّه: (تدخل طرف ثالث في الإنجاب "بالرحم") وقد اتفق الفقهاء المعاصرون من دون خلاف على تحريم كافة صور تأجير الأرحام،⁽²⁾ التي تتضمن تدخل طرف ثالث بخلية

(1) د. بكر عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص9.

(2) وقد ظهرت عدة صور لتأجير الأرحام وهي: الصورة الأولى: الزرع في رحم امرأة أجنبية عن العلاقة الزوجية، وذلك بعد أخذ (الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة) ويتم التلقيح في وعاء اختبار خارج الرحم، ثم يعاد زرعها في رحم تلك المرأة الأجنبية، الصورة الثانية: الزرع في رحم الزوجة الثانية للرجل، على أن تكون اللقيحة من زوجين، ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم زوجة أخرى للرجل صاحب النطفة، الصورة الثالثة: أن تكون البويضة الملقحة من متبرعين (امرأة تتبرع بالبويضة ورجل يتبرع بالنطفة)، ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى لصالح امرأة ثالثة تدفع المال مقابل أخذ الطفل من دون أن تشترك في تكوينه أو حمله، الصورة الرابعة: يتم التبرع بالبويضة من قبل امرأة أجنبية. وهذه الصورة يلجأ إليها إذا كانت الزوجة عاقراً،

تناسلية ذكرية كانت أم أنثوية. بينما اختلفوا في تحريم صور تأجير الرحم، التي تكون فيها الخلايا التناسلية للزوجين، ويتدخل الطرف الثالث "بالرحم" فقط، وهي الصور موضع البحث والاستدلال. واختلفوا في هذه الصور إلى رأيين:

الرأي الأول: تأجير الرحم لا يجوز مطلقاً، لا فرق في أن تكون صاحبة الرحم المستعار زوجة أخرى للرجل أم لا، وسواء أكان بمقابل أم من دونه. وهو ما ذهب إليه معظم الفقهاء المعاصرين، والمجامع والندوات الفقهية التي عقدت لهذا الموضوع.⁽¹⁾

وتلقح بماء زوج المرأة العاقر، إذ يتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة أخرى لصالح امرأة ثالثة تدفع المال مقابل أخذ الطفل من دون أن تشترك في تكوينه أو حمله. والصورة الخامسة: تلقح بويضة الزوجة بماء رجل غريب عنها، ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة أجنبية وعند الولادة يسلم الطفل إلى هذه المرأة صاحبة البويضة وزوجها مقابل المال، وتستعمل هذه الصورة في حال كان الزوج عقيماً وتعاني الزوجة من مشكلات في رحمها. راجع: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 299/1، 298، مجلة المجمع، العدد الثالث: 304/1 وما بعدها.

⁽¹⁾ قرار المجلس الفقهي الإسلامي المنعقد في مقر رابطة الفقه الإسلامي في مكة المكرمة، من 28 ربيع الآخر إلى 7 جمادى الأول 1405هـ، الموافق 19_28 1985. وقرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، في دورة مؤتمره الثالثة المنعقد عمان عاصمة المملكة الأردنية، من 8_13 صفر الموافق 11_16 1986. وقرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر رقم (1) بجلسته المنعقدة بتاريخ 29، مارس لعام 2003. وقرار المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، الدورة العادية العاشرة، المنعقدة في مقره في دبلن، الفترة ما بين 19_26 ذي القعدة 1423هـ الموافق 22_26 يناير 2003. وقد أفتى علماء الأزهر "بأن تأجير الأرحام حرام ولا يثبت شرعاً". ومعظم العلماء المعاصرين نذكر منهم: الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي رحمه الله، نسيم الشام، دون تاريخ نشر، ص 176. ود. محمد نبيل غنام، قضايا فقهية معاصرة، الجزء الأول، دون مكان نشر، 2010، ص 446 وما بعدها. ود. يوسف عبد الرحمن الفرت، قضايا طبية معاصرة، دار الفكر، القاهرة، 2005، ص 34. ود. بكر أبو زيد، طرق الإنجاب، المرجع السابق، ص 451. ومحمود شلتوت، الفتاوى، ط 12، دار الشروق، لبنان، بيروت، 1983، ص 328. والعديد من الباحثين في هذا

الرأي الثاني: أباح تأجير الرّحم، وظهر قولان في ذلك: بعضهم فرق فيما إذا كانت المرأة صاحبة الرّحم زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي أم لا، فإذا كانت زوجة ثانية فيجوز تأجير الرّحم.⁽¹⁾ وغيرهم أباح تأجير الرّحم سواء أكانت صاحبة الرّحم زوجة أخرى للرجل أم لا. وهو رأي عبد المعطي البيومي.⁽²⁾

وفي هذا المطلب سوف نبحث في الرأي القائل بالتحريم ونقسم المطلب إلى فقرتين: استئجار رحم امرأة أجنبية (الفقرة الأولى) واستئجار رحم الصّرة (الفقرة الثانية).

الموضوع نذكر منهم: د. هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص275. د. هيام السماوي، إيجار الرحم، المرجع السابق، ص173 وما بعدها. د. شوقي زكريا، الرحم المستأجر وبنوك النطف والأجنة، المرجع السابق، ص49. ود. حسني ممدوح عبد الدايم، عقد إجارة الرحم، المرجع السابق، ص221. د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص146 وما بعدها. وعلي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص124 وما بعدها... وغيرهم

⁽¹⁾ نذكر منهم: د. زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985، ص179.

⁽²⁾ وذلك في سياق حديثه للعربية على الرابط الآتي: (<http://www.alarabia.net/Cairo>)، تم الرجوع إليه بتاريخ 2016/9/1 الساعة 3:30.

الفقرة -1- استئجار رحم امرأة أجنبية:

وهي الصورة الأولى من صور تأجير الرّحم وفيها يتم الزرع في رحم امرأة أجنبية عن العلاقة الزوجية، وذلك بعد أخذ (الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة) ويتم التلقيح في وعاء اختبار خارج الرّحم، ثم يعاد زرعها في رحم تلك المرأة الأجنبية.

ونذكر الأدلة التي استند عليها القائلون بحرمة تأجير الرّحم:

أولاً- (من القرآن):

يعدّ القرآن الكريم المصدر الأول للتشريع الإسلاميّ، وهو وحي من الله تعالى، فالقرآن كلام الله سبحانه والسنة بيانه⁽¹⁾ ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽²⁾

ويرى المانعون أنّه لا يوجد نص قرآني أو حديث نبوي في إباحة تأجير الرّحم بل يوجد ما يمنع. وأدلة التّحريم من القرآن الكريم هي:

1- ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥١﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٥٢﴾ فَمَنْ أَبْتَغَىٰ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿٥٣﴾﴾⁽¹⁾

(1) د. متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه "مصادر التشريع"، الطبعة الأولى لمكتبة السنة، القاهرة، 2010، ص39.

(2) سورة النحل، الآية: (44).

وجه الدلالة: حث الله عز وجل في الآيات السابقة على حفظ الفروج، وبين أن الحفظ لا يكون إلا بقصرها على الزوجة وملك اليمين، فهنا استثناء بالآية "إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ"، وهذا يعني أنه لا يجوز وضع أو إيصال أي شيء إلى امرأة أخرى إلا إذا كانت زوجة شرعية. ومن المعلوم أن نقل البويضة المخصبة "الزيجوت" إلى امرأة أخرى من متعلقات الجماع الذي حرمه الله على غير الزوج، فكأنه بذلك اتصل بغير زوجته.⁽²⁾

وتفيد هذه الآية أن الأصل في الفروج الحرمة⁽³⁾ ومن ثم إن الحكمة من تحريم هذه الصورة من استتجار الرحم لأجل الحمل أنه عقد غير شرعي، ولأن الإجارة على المحرم محرمة، ومن ثم المرأة لا تملك تأجير رحمها؛ لأن الرحم يندرج تحت موضوع الفروج.⁽⁴⁾ ولأن حفظ الفروج مطلق يشمل حفظه عن فرج الآخر أو عن مائه، أو ما دخل فيه مأوه "اللقيحة" والمخاطب هنا يشمل النساء والرجال على حد سواء كما في جميع أوامر الشرع.⁽⁵⁾

(1) سورة المعارج، الآيات: (29-30-31).

(2) د. رشدي شحاتة، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الحقوق بجامعة حلوان، العدد السابع، 2002، ص 248.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن للإمام، (98/11).

(4) د. هيام السمحاوي، إيجار الرحم، المرجع السابق، ص 170.

(5) د. هند الخولي، المرجع السابق، ص 285.

2_ ﴿ وَاللّٰهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً ۖ ۞ (1)

وجه الدلالة: يبين الله عز وجل أنه جعل الزوجة من نفس جنس الزوج، ثم أوضح أنّ الولد إنما يكون من الزوج والزوجة، بدليل قوله " مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ "، فهذا نص صريح في عدم جواز تأجير الأرحام، لأنّ الولد وفقا للنص القرآني لا يكون إلا من زوجة شاركت في إعداده، وصاحبة الرحم البديل ليست كذلك، فبطل القول بجواز تأجير الأرحام. (2)

إضافة إلى ذلك، إنّ الزوجية منتقية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة البويضة والمرأة المستأجرة، إذ يشترط في جواز الإنجاب بين رجل وامرأة أن يتم ذلك في ظل عقد زواج مستجمع للأركان والشروط التي يبينها الشرع، وفي تأجير الأرحام لا توجد صلة بين الرجل والمرأة، ومن ثمّ يكون حملها غير شرعي. (3)

إذاً تبين أنه ينبغي وجود علاقة زوجية حالة بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة البويضة، حتى يجوز التلقيح الصناعي، وأنّ الذرية ينبغي أن تكون

(1) سورة النحل، الآية: (72).

(2) د. حسني هيكل، المرجع السابق، ص386.387.

(3) د. حسني محمود الدائم، عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، بتفهما الأشراف، دقهلية، العدد السادس، 2005، ص320.

من زوجين، ولا يمكن تدخل طرف ثالث في الإنجاب، وعليه لا يجوز إذاً أن تحمل امرأة أجنبية لحساب امرأة أخرى.

3_ ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذَّكَورَ ﴿١٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٢٠﴾﴾ (1)

وجه الدلالة: أخبر الله عز وجل في هاتين الآيتين أنه يهب بمشيئته الإناث لمن يريد والذكور لمن يريد، ويمنع الإنجاب عموماً ممن أراد، فدل ذلك على أن هناك طائفة من الناس سيصابون بالعقم، فليس هناك مصلحة من وراء هذا العمل للمرأة العاقر أو العقيم أو من تعاني عجزاً، ومن ثمّ فليست هناك مصلحة من مخالفة شرع الله وسنته في كونه. فالمؤمن يرضى بأمر الله، ويصبر على ما قدره الله له، لأنه هو الحكيم الخبير، ولا يجوز لنا أن نخالف أحكامه، كما لا يجوز أن نأتي بطرق ملتوية تكون مثاراً للشك والظنون في الأنساب. (2)

وهنا يثور التساؤل: هل بهذا الرّحم ستقضي على العقم، أم أننا نبيح هذه الوسيلة متوهمين أننا نقضي على العقم، بل أكثر من ذلك يمكن أن نختار جنس الطّفل ونوعه؟ (3)

(1) سورة الشورى، الآيتان: (49، 50).

(2) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 250.

(3) المرجع السابق، ص 250.

رد بعضهم على ذلك أنه ليس في هذا تحدياً لإرادة الله ومشيئته، لأنه من العلاج الذي دعا إليه الإسلام فيكون مشروعاً. فإن الله تعالى قسم الأرزاق بين العباد ولم ينس أحداً، والرزق قد يكون مالياً أو ولداً أو جاهاً أو صحة... الخ، ومسألة الإنجاب متروكة للقدر الإلهي الأعلى ومن كان مريضاً أوبه عائق عن الحمل، يمكنه أن يبحث بالوسائل المشروعة عن الإنجاب، فإن الله تعالى لم ينزل داء إلا له دواء، لكن الغاية لا تبرر الوسيلة، فالغاية الشريفة لها وسيلة شريفة، ولا يعقل أن نبحث عن الإنجاب بأي ثمن كان وبأي وسيلة نراها ولو كانت مخلة بالنظام العام والآداب.⁽¹⁾

4_ ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾⁽²⁾ ﴿وَأَصْبَحَ فُؤَادُ أُمِّ مُوسَىٰ فَرَجًا إِن كَادَتْ لَتُبْدِي بِهِ لَوْلَا أَن رَّبَطْنَا عَلَىٰ قَلْبِهَا لِتَكُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽³⁾ ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلُهُ...﴾⁽⁴⁾

وجه الدلالة: تعكس هذه الآيات أعلاه، وهي آيات معدودة من الآيات الكريمة التي تناولت موضوع الأمومة، أهمية الأم والتضحية والجهد الكبير الذي تبذله الأم لأجل أبنائها، حيث إن الأم تقاسي وتتعب كثيراً في الحمل وذلك

(1) د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص154 وما بعدها.

(2) سورة الأحقاف، الآية: (15).

(3) سورة القصص، الآية: (10).

(4) سورة لقمان، الآية: (14).

بسبب الوحم والتقيؤ والتقل، كما أنّ وضع المولود فيه تعب ومشقة على الأم وذلك بسبب الطلق وشدته، وأيضاً ذكر الله تعالى قصة أم موسى عليه السلام، وأظهرت الآيات القرآنية جهودها، كذلك هارون عليه السلام ينادي أخاه موسى بـ "يا ابن أم".

كما وأسقط الإسلام بعض الفرائض عن الأم في وقت الحيض والنفاس كالصلاة والصوم ولم يكلفها بصلاة الجماعة في المسجد وذلك مراعاة لدورها واهتماماً بأُمومتها. وأيضاً ماء ونبع زمزم الذي ارتوى منه الكثير من الحجيج وسيبقى الحجيج حتى يوم القيامة إنما فجر من نبع الأمومة، فهو دعاء أمنا هاجر وخوفها على ابنها سيدنا إسماعيل عليه السلام.⁽¹⁾

5_ ﴿..إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...﴾⁽²⁾ ﴿..خَلَقَكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلَقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ..﴾⁽³⁾ ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ ﴿٣٧﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُفُوسَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿٣٨﴾﴾⁽⁴⁾

وجه الدلالة : بينت هذه الآيات أوصاف الأمومة التي أنيطت بها الأحكام الشرعية، ومفادها أنّ الأمومة لها وصفان: وصف التكوين، ووصف الحمل والولادة، فأصل التكوين هي البويضة، وأصل الولادة هي الرحم، وفي مسألتنا

(1) د. مها الأبرش، الأمومة ومكانتها في ضوء الكتاب والسنة، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1996، ص 41 وما بعدها.

(2) سورة المجادلة، الآية: (2).

(3) سورة الزمر، الآية: (6).

(4) سورة المؤمنون، الآية: (12_13).

وجدت الأولى، وانعدمت الثانية قطعاً، الأمر الذي يجعل هذا الفعل محرماً. فالأمومة كلٌّ لا يتجزأ، يتألف من كون المرأة هي صاحبة البويضة، وهي صاحبة الرحم الذي ترعرع الجنين فيه، فليس عبثاً إناطة البيان الإلهي، أمومة الأم، بتنامي الجنين في بطنها أي في رحمها، فقد جعل الأمومة أثراً لحمل البطن.⁽¹⁾ وهذا النص دليل قاطع على أنّ المرأة التي تتمتع بالأمومة الحقيقية هي المرأة التي حملت وولدت. والأم بالرضاع هي ليست الأم الحقيقية بل تعدّ أمّاً مجازية، فتستحق كل امرأة هذا اللقب بعد إرضاعها لطفل معين ليس ابناً لها، وسميت بهذا الاسم بنص من القرآن الكريم فقال تعالى في محكم التنزيل: ﴿وَأُمَّهَتْكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾⁽²⁾ تشير الآية أنّ هذه الأم مقيدة بوصف معين وهو الرضاع فهي الأم بسبب الرضاعة.⁽³⁾

ثانياً_ (من السنة):

تعدّ السنة النبوية هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم، وهي ما صدر عن النبي، صلى الله عليه وسلم، من فعل أو قول أو تقرير.⁽⁴⁾ وقد استدلت الفقهاء المانعون ببعض الأحاديث النبوية الشريفة لتحريم تأجير الرحم، وهي:

(1) د. رمضان سعيد البوطي، مع الناس منشورات وفتاوى، الجزء الثاني، دار الفكر، 2004، ص 77 وما بعدها. و بكر أبو زيد، فقه النوازل، المرجع سابق، ص 247.

(2) سورة النساء: الآية (23).

(3) د. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، المرجع السابق، ص 207.

(4) د. متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه، المرجع السابق، ص 77.

1_ ما روي عن روفيع بن ثابت الأنصاري قال: "كنت مع النبي ﷺ حين افتتح حنيناً، فقام فينا خطيباً، فقال: لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماء غيره."⁽¹⁾

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث دلالة صريحة على تحريم تأجير الرّحم، ذلك أنّ المرأة ذات الرّحم المستأجر إذا كانت ذات زوج وباشرها زوجها بعد زرع اللقيحة فإنّ الجنين سيتغذى بماء زوجها كما يتغذى عبر المشيمة، وقد نهى النبي ﷺ بصريح الحديث.⁽²⁾

ورد القائلون بالجواز على هذا الدليل بأننا نشترط تعهد المرأة صاحبة الرّحم المستعار أنّ تمنع زوجها عنها إذا كانت متزوجة، وألا تعقد على زوج إذا كانت غير متزوجة فنخرج من النهي الوارد في الحديث.⁽³⁾

ولكننا لا نسلم أصلاً بصحة العقد فضلاً عن صحة الشرط. ولو فرضنا صحة العقد، فإنّ هذا الشرط باطل لأنّ فيه منعاً للزوج من حقه في إتيان زوجته، بل يتمحص هذا واجباً في حقه إذا خشي من الوقوع في محرم. وهنا نتساءل ماذا يترتب على المرأة إن لم تلتزم بهذا الشرط يعد زرع اللقيحة في رحمها؟! ألا يؤدي إلى النزاع والشقاق حتماً، فضلاً عن اختلاط الأنساب؟!⁽⁴⁾

⁽¹⁾ الترمذي، كتاب النكاح، باب: ما جاء الرجل ليشترى الجارية وهي حامل، (437/3)، الحديث رقم: (1131).

⁽²⁾ السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص61.

⁽³⁾ د. عبد المعطي بيومي، المرجع السابق، ص10.

⁽⁴⁾ د. هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص292.

2_ ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فقال يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي، قال الرسول ﷺ: أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك" (1)

وجه الدلالة: فهنا في هذا الحديث الشريف أوصى الرسول ﷺ الرجل بأمه ثلاث مرات وبأبيه مرة واحدة، فربما ذلك لأنَّ الأمَّ اكتسبت صفة الأمومة مرة من الناحية البيولوجية من البويضة، ومرة ثانية من الرَّحْم بالحمل والولادة، ومرة ثالثة بالرضاعة؛ أما الأب فمرة واحدة. (2)

فلكل مولود بأبيه صلة: تكوين ووراثه، وأصل ذلك "الحيوان المنوي"، وله بأمه صلتان: الأولى: صلة تكوين ووراثه، وأصلها "البويضة"، والثانية حمل وولادة وحضانة وأصلها "الرَّحْم" منها. (3)

3_ قول النبي ﷺ: "تخيروا لنطفكم ولا تضعوها إلا في الأكفاء"، وفي رواية أخرى "اختاروا لنطفكم المواضع الصالحة" (4)

وجه الدلالة: فتأجير الرَّحْم يخالف ما جاء في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الشريفة حول طريق الحمل والولادة وإثبات النَّسب. إنَّ الرسول الكريم ﷺ يقول: "تخيروا لنطفكم ولا تضعوها إلا في الأكفاء"، فهذا الحديث النبوي الشريف

(1) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب: بر الوالدين وأنها أحق به، (80/4) رقم الحديث: (2548).

(2) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 250.

(3) د. بكر عبد الله أبو زيد، المرجع السابق، ص 247.

(4) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، (633/1)، الحديث رقم: (1968).

يقف بوجه العبت بالأرحام، ويقف أمام النساء اللواتي يعبثن بأرحامهن تحت راية تأجير الأرحام أو التبّرع. فمثل هذا الرّحم لا يكون طاهراً وصالحاً ليحوي بداخله نطفة خاصة إذا كانت هذه النطفة غريبة عن هذا الرّحم.

لذا على المرأة المسلمة أن تحافظ على نفسها من هذه المستجدات، فالله سبحانه وتعالى أحلّ فرجها بكلمة منه، بما ينبئ عن أنّ الأصل فيه الحرمة. ولذلك يجب أن تكون واعية لما يدور حولها وأن تتمسك بما اختاره الله لها، وأن ترفض ما عداه.⁽¹⁾

4_ قول النبي ﷺ: "... ثم لم يزل الله ينقلني من الأصلاب الطيبة إلى الأرحام الطاهرة، مصفى مهذباً، لا تتشعب شعبتان إلّا كنت من خيرهما"⁽²⁾

وجه الدلالة : وهنا يذكر الرسول ﷺ الأصلاب، ويذكر الأرحام الطيبة التي جاءت به مصفى مهذباً، وفي هذا دلالة كبيرة على أهمية الرّحم وأهمية حفظه من العبت. فقد اعتنى الدين الإسلاميّ بالرّحم عناية شديدة وجديّة، فأقر للرحم احترامها الخاص، وأوجب الحفاظ على الرّحم وتقديرها ؛ وهذا التمييز للرحم جاء كونها عضواً أساسياً ومهماً جداً، ففيها ينبت وينمو الإنسان في أطواره البدائيّة المختلفة لذلك فهي تعدّ منبتاً للبذرة الإنسانيّة، هذه البذرة التي تتغذى بدم الرّحم، وتحفظها الرّحم من أي سوء حتى موعد الوضع، فهذه العضلة

(1) ميس شريف مصاروة، تأجير الأرحام في مرآة الإسلام، أكاديمية القاسمي كلية أكاديمية التربية، 2007-2008، ص29.

(2) السيوطي، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، الشعراء:219، (332/6).

الصَّغِيرَة، وَالتِّي تَسْمَى الرَّحْم، تَرْحَمُ الْجَنِينَ بِالمَحَافِظَةِ عَلَيْهِ وَبِتَوْفِيرِ الظَّرُوفِ
المَلَائِمَةِ لَهُ، فَهِيَ الْقَرَارُ الْمَكِينُ كَمَا وَصَفَهَا "جَل وَعَلَا"، أَي مَكَانٌ وَمَوْضِعٌ
الْإِسْتِقْرَارُ، وَهُوَ الْمَسْكَنُ الْقَوِيُّ الرَّاسِخُ الْمَتِينُ الَّذِي يَتَحَمَّلُ مَا أَعَدَ لَهُ مِنَ الْحَمْلِ
وَالْوِلَادَةِ.⁽¹⁾

5_ نَصَائِحُ النَّبِيِّ ﷺ وَتَوْجِيهَاتُهُ فِي اخْتِيَارِ الزَّوْجَةِ فَقَدْ قَالَ ﷺ: "تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ أَنْكَحُوا الْأَكْفَاءَ"⁽²⁾

وجه الدلالة: فَهَذِهِ التَّوْجِيهَاتُ النَّبَوِيَّةُ تُشِيرُ إِلَى عِلْمِ الْوَرَاثَةِ، وَأَنَّ إِرْثَ
الْفَضَائِلِ وَالرِّذَائِلِ يَنْتَقِلُ فِي السَّلَالَةِ، وَلَعَلَّ الْحَدِيثَ الشَّرِيفَ الْأَخِيرَ وَاضِحٌ
الدَّلَالَةُ فِي هَذَا الْمَعْنَى، لِأَنَّ لَفْظَ: (الدَّيْمَنُ) تَفْسِرُهُ مَعَاجِمُ اللُّغَةِ أَنَّهُ مَا تَجْمَعُ
وَتَجْمَدُ مِنَ السَّرَجِينَ، وَهُوَ رُوثُ الْمَاشِيَةِ، فَكُلُّ مَا نَبَتَ فِي هَذَا الزَّوْثِ وَإِنْ بَدَتْ
خَضِرَتُهُ وَنَضِرَتُهُ إِلَّا أَنَّهُ يَكُونُ سَرِيعَ الْفَسَادِ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْحَسَنَاءُ فِي الْمَنْبِتِ
السَّوِّءِ تَطْبَعُ مَا طَبَعَتْ عَلَيْهِ لِحَمَّتْهَا وَغَذِيَتْ بِهِ.⁽³⁾ وَلَعَلَّ نَظْرَةَ الْإِسْلَامِ إِلَى عِلْمِ
الْوَرَاثَةِ تَتَضَحَّ جَلِيًّا مِنْ هَذَا الْحَوَارِ الَّذِي دَارَ بَيْنَ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
وَابْنِ قَتَادَةَ إِذْ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْرَاتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ، قَالَ: "هَلْ لَكَ مِنْ
إِبْلِ" قَالَ نَعَمْ، "قَالَ مَا أَلْوَانُهَا" قَالَ: حَمْرٌ، قَالَ: "هَلْ فِيهَا أَوْرَقٌ"، قَالَ: نَعَمْ،
قَالَ: "فَأَنَّى ذَلِكَ" قَالَ: "لَعَلَّهُ نَزَعَهُ عِرْقٌ، قَالَ: "فَلَعَلَّ ابْنَكَ هَذَا نَزَعَهُ عِرْقٌ".⁽⁴⁾

(1) ميس شريف مصاروة، المرجع السابق، ص34.

(2) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، (633/1)، رقم الحديث: (1968)

(3) د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص162.

(4) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، (352/3)، الحديث رقم: (4999).

لذا سوف يكتسب هذا المولود صفات هذه الأنثى التي تغذى بدمها في رحمها، وائتلف معها حتى صار جزءاً منها، ولا مريّة أن هذا المولود يخرج على غرار تلك التي احتضنته في رحمها، لأنّ وراثّة الصفات والطّباع أمر ثابت بين السّلالات، تنتقل من الوليد إلى الحفيد ذلك أمر قطع فيه العلم ومن قبله الإسلام.⁽¹⁾

وقد التبس الأمر بين النّسب بوصفه حقيقة اجتماعيّة، وبين المورثات بوصفها عملاً طبيعياً، فلا شك أنّ هناك صفات وراثيّة تنتقل من الآباء إلى الأبناء. ولكن ينبغي أن نفرق بين الوراثة والأنساب؛ فمن الخطأ أن نفسر اختلاط الأنساب على معنى اختلاط الصفات الوراثة. والصّواب أن نفسر اختلاط الأنساب "تفسيراً اجتماعياً"، فالوراثة صنيعة الكروموزومات والجينات، والنّسب صنيعة النّظم الاجتماعيّة والتّشريعات، والعلاقة بينهما تتمثل في أنهما قد يجتمعان في شيء ويفترق كل منهما بما يخصه من الأحوال. وتتفرد الوراثة وحدها في كل ابن كان ثمرة لجريمة الزّنا ارتكبتها امرأة لا فراش لها مثلاً. وينفرد النّسب عن الوراثة فيما إذا ارتكبت امرأة متزوجة جريمة الزّنا، وتثبت هذه الجريمة بالبينة أو الإقرار، حينئذ يكون الولد للفراش وللعاهر الحجر مهما كانت منطوق الوراثة.⁽²⁾ ومن ثمّ إنّ نظام النّسب نظام اجتماعي وضعه المشرع الحكيم، وأنّ الطريق إلى النّسب زواج صحيح محترم وضع قيوده وسبل صيانتة

(1) د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص161.

(2) د. طه الحبشي، تأجير الأرحام بين اتجاهات العلم وحتمية الدين، الطبعة الأولى، دار الكتب المصرية، 2001، ص44.

المشرع الحكيم. وفي النسب الصحيح من طريق الزواج أسس القاعدة الاجتماعية التي يركز عليها التشريع ذو الصلة القوية في هذا الجانب من جوانب الإنسان، بوصفه كائناً اجتماعياً لا يستطيع العيش في غير مجتمع. ومع ذلك إنَّ الرّحم المؤجرة لا تتوافر تحت هذه المظلة التي أراد الله توفيرها لصيانة النسب، بل إنَّ الطريق سيصبح مفتوحاً وبغير حدود لاختلاط الأنساب وتضارب الحقوق.⁽¹⁾

ثالثاً_ (القياس):

يعدّ القياس المصدر الرابع من مصادر التشريع الإسلامي المتفق عليها. بعد الكتاب والسنة والإجماع، وكلها ترجع إلى أصل واحد وهو القرآن الكريم.⁽²⁾ والقياس: هو إلحاق الفرع بالأصل في حكم لعل مشتركة بينهما.⁽³⁾

وقد قاس بعض الفقهاء تأجير الرّحم على الزّنا وعلى نكاح الاستبضاع وفق ما يأتي:

1_ إنَّ تأجير الرّحم يشابه نكاح الاستبضاع، الذي كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل لزوجته، إذا طهرت من طمثها: أرسلني إلي فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي يستبضع

(1) د. طه الحبيشي، المرجع السابق، ص 68 .

(2) لأنَّ حجية السنة إنما جاء من القرآن الكريم والإجماع والقياس جاءت من القرآن والسنة. راجع:

متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه، المرجع السابق، ص 37.

(3) متولي البراجيلي، المرجع السابق، ص 243.

منه؛ فإذا تبين حملها أصابها زوجها وذلك رغبة في نجابة الولد، فكليهما فيهما إدخال ماء رجل أجنبي على رحم المرأة فاشتركا في العلة، فأخذ الاستئجار حكم الاستبضاع وهو التحريم.⁽¹⁾

2- إنَّ تأجير الرَّحم في الشريعة الإسلامية جريمة منكرة وإثم عظيم يلتقي مع الزنا في إطار واحد، جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء لرجل أجنبي قصدًا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقدًا أو ارتباطًا بزوجة شرعية.⁽²⁾

ويرى بعضهم أنَّ تأجير الرَّحم والتبرع به جريمة زنا، ولكنه زنا غير صريح ولا يثبت به الحد لوجود شبهة تسقطه، لأنَّ الحدود تدرأ الشبهات، واستئجار المرأة أو تطوعها بوضع بويضة في رحمها من غير زوجها يعدّ ذلك زنا لكن الشبهة التي تسقط الحد هنا هي عدم الإيلاج، ويمكن القول إنَّ تأجير الرَّحم زنا ليس صريحاً، وإنما هو مقنع لعدم تحقق الإيلاج لأنَّ هذا ما عليه أكثر العلماء فهم يعرفون الزنا تعريفات متعددة أكثرها يدور حول الإيلاج، ومعنى ذلك أنَّ عدم تحقق الإيلاج فيه شبهة والشبهة تسقط الحد، ولكن بحسبان أنَّه فعل

(1) د. يوسف الفرت، قضايا فقهية، التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص16. ود. محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب (التلقيح الصناعي)، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، العدد3، الجزء1، 1987، ص446.

(2) د. محمود شلتوت، الفتاوي، المرجع السابق، ص328 وما بعدها.

الفاحشة فتأجير الرَّحْم أو التَّبَرع به يعدّ فاحشة كبرى لما سيرتب عليه من آثار سيئة.⁽¹⁾

ويرد على ذلك بأن قياس نكاح الاستبضاع على استئجار الرَّحْم قياس مع الفارق للأسباب الآتية:

أ. نكاح الاستبضاع يكون بالوطء، بينما استئجار الرَّحْم لا يكون بذلك، بل بنقل البويضة المخصبة إلى الرَّحْم المستأجر.

ب. إنّ رحم الزّوجة في الاستبضاع يكون سليماً؛ بدلالة أنّها تؤمر من زوجها بعد انتهاء حيضتها أن تذهب وتستبضع من آخر، بينما في الرَّحْم المستأجر غالباً يكون رحم صاحبة البويضة معلولاً.⁽²⁾

كما أنّ صورة استئجار الأرحام فيها معنى الزّوجية، لأنّ فيها عقد قائم على إيجاب وقبول، وشهود، وأجرة، ومنفعة وهي حمل الجنين تسعة أشهر، ويتم الإعلان عن هذه العملية، فهي ليس فيها وطء محرم ولا تعدّ زنا وليس فيها حتى شبهة زنا، لأنّ الزنا يقوم على الوطء المحرم، وهذه العملية تخلو من الوطء، فإذا كانت هذه العملية تخلو من الزّنا فهي تخلو من شبهة الزّنا أيضاً، لأنّ شبهة الزنا إما أن تكون شبهة في الفعل كظن الرّجل أن امرأة تحل له فوطئها فإذا بها محرمة عليه، أو مطلقة ولم تبرأ من عدتها، وإما شبهة في الملك كما لو عقد الرّجل على المرأة عقداً فاسداً ظاناً أن العقد صحيح، وفي كلا

(1) د. حسني عبد السميع، المرجع السابق، ص 197 وما بعدها.

(2) أمل موسى الطراونة، استئصال الرحم وآثاره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة مؤتة، الأردن، 2011، ص 158.

الشبهتين المحرم هو الوطء، وليس في تأجير الأرحام أي وطء على الإطلاق.⁽¹⁾

رابعاً_ (سد الذرائع):

يعدّ مبدأ سد الذرائع من المصادر الفرعية للشريعة الإسلامية، ومن أهداف الشريعة الإسلامية سد الأبواب التي تؤدي إلى حدوث النزاع والخلاف بين أفراد المجتمع، كل ما يؤدي إلى حدوث نزاع بين الأفراد غير جائز شرعاً.

وتأجير الأرحام سيؤدي في الغالب إلى حدوث نزاع بين امرأتين، أيهما أمّ الطفل؟ أهى صاحبة البويضة أم هي التي حملت وولدت؟ بل الاحتمال قائم بصورة قوية إذا امتد الخلاف بين أطراف يمكن استقاداتهم في ثبوت نسب الطفل من جهتهم، وخاصة إذا كان للطفل حقوق مادية كالميراث من أبيه مثلاً.⁽²⁾

ويقول العلامة البوطي رحمه الله: "أما عن مدى جواز الإقدام على هذا العمل، فلا أعلم سبباً لحرمته إلا أن يكون من جانب وجوب العمل على سد الذرائع .. إذ لا يستبعد، إذا فتح السبيل الشرعي إلى هذا العمل، أن يصبح ذلك مدخلاً إلى ترويج ما يسمى ببنك النطفة، فتمتزج النطف وتضيع الأنساب وتتبت

(1) وهنا يقول الدكتور عبد المعطي البيومي إن الأم الحاضنة يجب أن تكون غير متزوجة، وأن لا تكون ممن يحرم جمعها مع الزوجة الأصلية (كأمها وأختها). راجع الموقع الشخصي على الشبكة

للدكتور عبد المعطي وقد تم ذكره سابقاً في هامش (2)، ص 126.

(2) د. حسني عبد الدايم، عقد إجارة الرحم، المرجع السابق، ص 227.

العلاقة بين جيش من الأطفال وكل من طرفي الآباء والأمهات وأظن أن هذا أمر متوقع...⁽¹⁾

وهذا ما حدث فعلاً في الدّول الأوروبية وفي أمريكا فقد نتج عن عقد تأجير الرّحم آلاف الأطفال الذين يولدون من دون نسب ومن دون جنسية. ومن المؤكد أنّ مسألة تأجير الرّحم تفتح باباً كبيراً للشقاق والنّزاع والخلاف، فها هي (كيم كوتون) البريطانية التي قامت بدور الرّحم المستعار ترفض تسليم الجنين بعد ولادته إلى الرّوجين الأمريكيين رغم إبرامها للعقد وتسلمها المال، وقد وصل الأمر إلى المحاكم والقضاء.

ولو سلمنا أنّ العقد يحسم الخلافات والنزاعات، ولكن هذا الأمر من النّاحية النّظرية، أما من ناحية الواقع فالأمر يختلف تماماً؛ لأنّ غريزة الأمومة التي وضعها الله تعالى في المرأة كفيلة بجعل المرأة تضحي بكل شيء في سبيل الحصول عليها، وشعور المرأتين أن كل واحدة منهما شاركت في تكوين الطّفل يجعلها تشعر بأنّها هي الأمّ الحقيقيّة، الأمر الذي يؤدي إلى النزاع والخلاف.⁽²⁾

(1) د. رمضان سعيد البوطي، المرجع السابق، ص77.

(2) د. سعيد عبد العزيز الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي، المرجع السابق، 367/1.

خامساً_ (من القواعد):

القواعد الفقهيّة،⁽¹⁾ وهي: "حكم كلي فقهي ينطبق على فروع كثيرة من أكثر من باب أو أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعيّة عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه.⁽²⁾

وقد استدل القائلون بالتحريم في بيان الحكم الشرعي لتأجير الرّحم بقواعد شهيرة في الفقه الإسلاميّ، أهمها:

1_ "إنّ الأصل في الابضاع الحرمة والحظر"⁽³⁾

لا يباح البضع إلّا بعقد زواج صحيح كما نصّ الشرع الحنيف، ومعلوم أنّ الرّحم تابع للبضع، والقاعدة الفقهيّة نقول: (التّابع تابع)⁽⁴⁾ فكما أنّ البضع لا يحل إلّا بعقد شرعي فكذلك الرّحم يحرم شغله بحمل غير الحمل الناتج عن الزّواج فهو باق على أصل التّحريم.⁽⁵⁾

(1) علي أحمد الندوي، القواعد الفقهيّة، مفهومها، نشأتها، تطوُّرها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، ط4، دار القلم، دمشق، 1998.

(2) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص220 وما بعدها.

(3) عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب الجامعية، بيروت، 1411هـ، 135/، 1990.

(4) د. أحمد الحجي، المدخل الفقهي، المرجع السابق، ص96.

(5) د. حسني عبد الدايم، عقد إجارة الرحم، المرجع السابق، ص225.

والدليل على أنّ الأصل في الابضاع التحريم قول النبي ﷺ: " اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله." (1) فالمقصود من قول النبي من كلمة "استحللتم" أي طلبتم الحل بعقد الزواج بعد أن كان محرماً أصلاً، وهذا معناه قطعاً أنّ أصل النساء المنع والحظر. (2)

وجاء في بدائع الصنائع : الأصل في أبضاع النساء المنع والحظر، (3) وبناء على ما سبق فإنّ العقد على إجارة رحم يعدّ إجارة لمنفعة الرّحم ابتداءً، ولكن في الحقيقة هو بيع للطفل المولود انتهاءً، وبيع الحر حرام. (4)

2_ "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" (5)

يمكن أن يترتب على تأجير الرّحم العديد من المفاسد، ومنها:

أ. تحقق المفسدة من خلال المعاناة النفسية والاجتماعية التي قد تصيب الأم صاحبة الرّحم عندما تتخلى عن ذلك الطفل الذي تكون في رحمها وتغذى من دمها. وعندما تصبح تلك المرأة منبوذة في المجتمع. فحتى في الدّول التي تبيح هذا العقد مثل أمريكا، وبعض الدّول الأوروبية، وبعض دول العالم الثالث، فقد

(1) صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي عليه الصلاة والسلام، (565/4)، الحديث رقم: (2901).

(2) د. عبد القادر محمد أبو العلا، تأجير الأرحام حرام، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، العدد الثالث عشر، الجزء الأول، 2001، ص34.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق (184/5).

(4) د. حسني عبد الدايم، عقد إجارة الرحم، المرجع السابق.

(5) د. أحمد الحجي، المدخل الفقهي، المرجع السابق، ص74.

عبرت الكثير من النساء عن شعورهن بالحزن والألم عند انفصال الطفل عنهن وتسليمه إلى امرأة أخرى لتربيته من دون أن تتلقى أي عناية نفسيّة أو طبية بعد الولادة، وقد تصبح منبوذة من قبل الأصدقاء والمعارف عند قيامها بدور الأم البديلة.⁽¹⁾

ب. كما أنّ تأجير الأرحام يؤدي إلى المساس بالكرامة الإنسانية، وذلك باستخدام المرأة رحمها وجعله مادة للمتاجرة وتسخيرها لأغراض لا تليق بالرفعة والسّموات التي خصها الله بها.⁽²⁾

ج. والمفسدة من تأجير الرحم هي شبهة اختلاط الأنساب، إذ حفظ النّسب من الصّرويات الخمس التي رعاها الإسلام، وحرّم كل ما يؤدي إلى ضياعها والإضرار بها. فنظام النّسب نظام اجتماعي وضعه الشارع الحكيم، والطّريق إلى النّسب الصّحيح زواج صحيح محترم وضع قيوده وسبل صيانتها.

فالسؤال المطروح بعد الولادة هو طبيعة علاقة الولد بالأطراف الثلاثة، الرّوجين، والمتطوعة بالحمل (الأمّ البديلة) فهل هذا الولد ابن لصاحبة البويضة أم للمرأة الذي ولدت؟ وماذا عن شهادة الميلاد لهذا المولود هل سيوضع بها اسم

(1) انظر المراجع الآتية التي تكلمت عن تجارب النساء عند قيامهن بدور الأم البديلة والتخلي عن الطفل بعد الولادة و الآثار النفسية والصحية و الاجتماعية لتلك التجربة:

Sue .A Meinke, Surrogate Motherhood; Ethical and Legal Issues, Georgetown University Washington,1988. P.1-11, and Vasanti Jadva, Emma Jycett, Fiona macCillum, Surrogacy; the experiences of surrogate mother, Human reproduction, London, 2003

(2) د.هيام السمحاوي، الرحم المستأجر، المرجع السابق، ص193.

الزَّوجين الأصليين (أب وأم) فقط، وهل اسم الأمّ الحامل سيوضع في شهادة الميلاد أيضاً؟ وإذا لم يوضع ولم يعرف اسم الحامل للطفل وقامت هذه الأمّ بتكرار تأجير رحمها لزوجين آخرين، فهل الولد والبنت بعد أن يكبرا من الممكن أن يتزوجا بعضهما، وهما من أمّ واحدة يعني أخوة الرّحم، وهذا أكبر وأخطر من أخوة الرضاعة؟ وماذا لو كانت الأمّ البديلة أمّاً أو أختاً لصاحبة البويضة المخصبة؟ وماذا سنفعل أمام قاعدة "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، إذا توافر للأمّ البديلة الفراش والزَّوجية الصّحيحة فهي وزوجها أحقّ بالمولود حينئذ في حالة النّزاع.⁽¹⁾

فهذه المفسدات التي ظهرت لنا من جراء عمليات الإنجاب بوساطة تأجير الرّحم تفوق المصالح المتحققة منها، فقد قرر الفقهاء أنّ هذه العملية تؤدي إلى مفسدات تفوق ما فيه من مصالح، لأنّها تؤدي إلى نزاعات وخلافات، وكل ما أدى إلى النّزاع والشّقاق كان حراماً.

3_ "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾

إنّ تأجير الرّحم فيه إزالة الضّرر عن المرأة صاحبة البويضة، وبالمقابل فيه ضرر على التي ستحمل، فلن تتمتع بثمرة تعبها. والقاعدة تقول (الضرر لا يزال بالضرر). فيؤدي إلى وقوع ضرر على صاحبة الرّحم ولاسيما من النّاحية

(1) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص254.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، القاعدة الرابعة، (173/1، 176).

النفسية حيث يؤكد علماء النفس، أنَّ المرأة صاحبة الرحم المستعار لديها إحساس بأنها أم الجنين وهي التي تحملت آلام الحمل والولادة.⁽¹⁾

وهذا يؤدي إلى القول إنَّ الأمومة البديلة تؤدي إلى النَّظر إلى الأمِّ البديلة على أنها مجرد (محضنة أو مفرخة بشرية) تستعمل حتى تؤتي ثمارها ثم ينتهي دورها الإنتاجي إلى غير رجعة مما يؤدي ذلك كله إلى الامتهان من كرامة الأمومة على نحو عام، والأمِّ على نحو خاص.⁽²⁾

فهنا نمنع الضرر عن امرأة تتمنى الحمل لأنه يتعذر عليها، ونوقع ضرراً على امرأة أخرى، وهي من تتحمل متاعب الحمل والولادة، وفي النهاية لا تتمتع بالوليد الذي أنجبته. حيث إنَّ للضرورة المعتبرة شرعاً ضوابط، ومنها: أن تكون الضرورة داخلة ضمن القواعد التي جاء الشرع لتحقيقها، وألا تؤدي إزالة الضرر إلى ضرر أكبر منه أو إلحاق ضرر بالغير.⁽³⁾

سادساً_ (من المعقول):

1_ إنَّ الرحم غير قابل للبذل والإباحة، وما لا يقبل البذل والإباحة لا تصح هبته، وكذلك إجارته لأنَّ الإجارة،⁽⁴⁾ (عقد معلوم على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم).⁽¹⁾

(1) د. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، دار النهضة، مصر، 2001، ص262.

(2) د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص321.

(3) د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص170.

(4) د. محمد رأفت عثمان، استئجار الأرحام، المرجع السابق، ص34.

والشريعة الإسلامية تحرم التعامل بالأعضاء البشرية عموماً والتناسلية خصوصاً، فلا يجوز تأجير الرحم للغير أو إعارتها لما يشكل ذلك من انتهاك لكرامة الإنسان وشرفه وسمعته، كما يجعل المرأة ممتهنة ومبتذلة بعرض رحمها للبيع أو الهبة.⁽²⁾

2_ إن المرأة صاحبة الرحم المستعار لا تخلو أن تكون إحدى الحالتين : إما متزوجة فتقع مشكلة اختلاط الأنساب، أو غير متزوجة، والمصيبة هنا أكبر إنها تعرض نفسها للقذف وقالة السوء، وإن المولود بهذا الشكل مختلط الأنساب، فهو من بويضة امرأة أخرى، ومنى رجل غير زوج، لهذه المرأة المستأجرة الحامل، وهذه الحامل هي أم لهذا المولود الذي تغذى من دمها، وتكون في رحمها، فكيف ينسب للأولى، وهي لم تحمل به، ولم تضعه، وكيف ينسب للثانية، وهو ليس من بويضاتها، ولا من منى زوجها، وكيف لا ينسب لها، وهي التي حملته كرهاً، ووضعت كرهاً.

3_ التلقيح بهذه الطريقة يؤدي إلى انكشاف عورة المرأة والنظر إليها ولمسها، والأصل في ذلك أنه محرم شرعاً إلا لضرورة شرعية، وإن سلمنا بهذه الحاجة بالنسبة إلى المرأة صاحبة البويضة، فإننا لا نسلم بها في حق صاحبة الرحم المستعار، لأنها ليست الزوجة التي بحاجة الأمومة.⁽³⁾

(1) الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، (438/3).

(2) د. حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص161.

(3) د. عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص262.

بعد البحث في أدلة المانعين نجد قوة هذه الأدلة وحجتها مع سقوط دليل القياس على الزنا. وقد أكد العلامة البوطي رحمه الله أن تأجير الرحم ليس زنا بقوله: "أما عن تحريم هذا العمل من حيث كونه معنى من معاني الزنا، فوهم باطل لا مستند له، وتخيل تتأى عنه أحكام الشريعة."⁽¹⁾

وتنبغي الإشارة إلى دور المجامع والمؤسسات العلمية في مناقشة الأبعاد العلمية والفقهية لهذا الموضوع من خلال العديد من المؤتمرات والندوات العلمية والفقهية. ومن أبرز هذه المؤسسات مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، والمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي،⁽²⁾ والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إضافة إلى منظمات الإفتاء في العالم الإسلامي.

فقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة في 8 إلى 13 صفر 1407 هـ الموافق 11 إلى 16 أكتوبر 1986 في عمان عاصمة المملكة الأردنية، بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي "أطفال الأنابيب"، أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام سبعة:

الأولى: أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبیضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته.

(1) د. رمضان سعيد البوطي، مع الناس، المرجع السابق، ص 77.

(2) وهو عبارة عن هيئة إسلامية مستقلة، داخل إطار رابطة العالم الإسلامي، أسس بتاريخ 1397/12/1، مقره جدة. وموقعه على الشبكة هو: (www.ar.themwl.org/nod/11)

الثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وببيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة .

الثالثة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة في حملها.

الرابعة: أن يجري تلقيح خارجي بين نطفة رجل أجنبي و بويضة امرأة أجنبية ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الخامسة: أن يجري تلقيح بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وببيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتلقح في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً.

وقرر: "أن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً لذاتها، أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة، وغير ذلك من المحاذير الشرعية. أما الطريقتان السادسة والسابعة لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة إلى التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة."⁽¹⁾

(1) مجلة المجمع العدد الثاني، 515/1 وما بعدها.

ثم عاد مجمع الفقه الإسلامي عام 1989 إلى تحريم جميع صور استئجار الأرحام وذلك لما في الأمر من ملابسات، ومخافة اختلاط النطف في المختبرات معتمداً في ذلك على مبدأ سد الذرائع.⁽¹⁾

كما حرم المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقد في دورته العاشرة في مقره في دبلن في الفترة ما بين 19-26 ذي القعدة 1423هـ الموافق 22-26 يناير 2003، كل الحالات التي يقم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رَحماً أم بيضةً أم حيواناً منوياً أم خلية جسدية للاستنساخ. وقد جاء في قرار المجلس الأوروبي: "لا يجوز شرعاً تأجير المرأة رحمها لكي تحمل جنيناً، بل لا يجوز وإن كان من دون مقابل، لأنّ في هذا إستدخال نطفة من رجل أجنبي عنها، وفيه خلط في النسب، لأنّها بولادته تصير أمّاً له لقوله تعالى: "إن أمهاتهم إلّا اللاتي ولدنهم" ولا يقاس على إرضاع المرأة ولد غيرها، فإنّ ذلك عبارة عن تغذية خارجية للرضيع وليس فيه احتواء بين أحشائها، فضلاً عن أن الإرضاع وردت نصوص بمشروعيته في الكتاب والسنة... وكون المرأة فقيرة لا يبيح لها هذا الأمر المحرم، وعليها أن تلتمس الرزق من الأمور المباحة...".⁽²⁾

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (4) 86/07/3، عام 1986.

(2) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: وهو هيئة فقهية أوروبية مستقلة، تتكون من مجموعة من العلماء المسلمين من عدة أماكن من العالم. تم تأسيسها يومي 29 و30/4/1997 وذلك بمبادرة اتحاد المنظمات الإسلامية في أوروبا، يقع مقرها في دبلن في جمهورية أيرلندا، تهتم ببحث الشؤون الشرعية والفقهية للمسلمين، وإصدار القرارات الفقهية والفتاوى الشرعية، وموقع المجلس على الشبكة هو: (<http://www.e-cfr.org/category>)

الفقرة -2- استئجار رحم الصّرة:

تعدّ هذه الصّورة إحدى صور التّلفيح الصّناعي الخارجيّ التي عرضها مجلس مجمع الفقه الإسلاميّ؛⁽¹⁾ وفيها يكون للرجل زوجتان أو أكثر فتؤخذ البيضة من إحداهن، والحيوان المنوي من الرّجل ثمّ تزرع في رحم الزّوجة الأخرى وذلك بمحض اختيارها للقيام بهذا الحمل عن ضررتها، عند قيام الحاجة.⁽²⁾

وقد انتهى مجلس المجمع الفقهيّ الإسلاميّ إلى تحريم استئجار رحم الصّرة بعد ما أباحه في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلاميّ في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الأوّل 1405هـ إلى يوم الاثنين 7

⁽¹⁾ وهذه الطريق اقترحها الشيخ ابن عثيمين في المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عام 1404. أشار إلى ذلك من د. محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص96. ومن غير المتصور حدوث هذه الصورة في الغرب لأنه لا يتصور تعدد الزوجات في الدول الأوروبية أوفي أمريكا...

⁽²⁾ وقد عرضت هذه الصورة في قرار مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، المنعقد في 1407 هـ في عمان في المملكة الأردنية، وذلك عند بيانه لطرق التلقيح الصناعي. منظمة التعاون الإسلامي (وكانت تعرف سابقاً باسم منظمة المؤتمر الإسلامي) هي منظمة دولية تجمع سبعة وخمسين دولة، مقرها جدة، تأسست في الرباط في 25 أيلول 1969، تصف المنظمة نفسها بأنها "الصوت الجماعي لعالم الإسلام" وإن كانت لا تضم كل الدول الإسلامية، وأنها تهدف لحماية المصالح الحيوية للمسلمين، وللمنظمة عضوية دائمة في الأمم المتحدة، وموقعها على الشبكة هو: (www.oic-oci.org)، أما عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع للمنظمة: مقره جدة، تأسس تنفيذاً للقرار الصادر عن مؤتمر الفقه الإسلامي الثالث " دورة فلسطين والقدس " المنعقد في مكة المكرمة بالمملكة السعودية في الفترة ما بين 19-20 ربيع الأول 1402 هـ (25-28 يناير 1981)، وموقعه هو: (www.iifa-aifa.org) تم الرجوع إليه الساعة 5:30 صباحاً بتاريخ 2016/5/1 .

جمادى الأول 1405هـ الموافق 19 يناير 1985 م، فقد نظر في الملاحظات التي أبدتها أعضاؤه حول ما أجازته المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب الصادر بالدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين 11 و 16 ربيع الآخر 1404هـ ونصها:

"إنَّ الأسلوب السَّابع الَّذي تُؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحها في وعاء اختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض إرادتها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرَّحم: يظهر المجلس أنَّه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة."⁽¹⁾

كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس والمؤيد لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة واختلاط الأنساب على النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس: سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام 1404 هـ. وذلك لما في الأمر من ملاسبات، ومخافة اختلاط النطف في المختبرات معتمدا في ذلك على مبدأ سد الذرائع.⁽²⁾

(1) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، (515/1)

(2) قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم (4) 86/07/3. قرارات المجمع الفقهي، (ص 161.159).

ويرى غالبية الفقهاء المعاصرين أنّ الإخصاب مع استئجار رحم الزوجة الثانية للرجل أمر محرم ولا يجوز فعله.⁽¹⁾ وقد استندوا على الأدلة الآتية:

الدليل الأول : أنّه في حال تعدد الزوجات يتم كل زواج بين رجل وامرأة، أي أنّه عقد خال من التثليث، ومن ثم يجب أن يكون كل حمل هو ثمرة اثنين مزوجة لا مثالثة، وتظل كلتا الزوجتين خارج نطاق عقد زواج الزوجة الأخرى، فلا بد من اشتراك الزوجين يقينا في صلة التكوين والوراثة، ولابد من أن يكون الحمل من الزوجة صاحبة البيضة، لأنّ الأبوة والأمومة هي مجموع الهيئة الحاصلة لمولود وقع لقاحه وتكوينه بماء أبويه على فراش الزوجية فحملته أمه في بطنها.⁽²⁾ وما يؤكد ذلك قوله تعالى: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ﴾⁽³⁾ ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾⁽⁴⁾ ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ﴾⁽⁵⁾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ⁽⁵⁾

(1) وهو رأي المجامع والندوات الفقهية ومعظم العلماء المعاصرين، ومن هذه المجامع والندوات التي تم ذكرها سابقاً بالتفصيل: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، وقرار المجمع الفقهي الإسلامي. د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص121. ود. ماهر حامد الحولي، الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الرحم، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009، ص19. وكريمة العبود، المرجع السابق، ص249. ود. ناديا قرماز، المرجع السابق، ص48...

(2) د. بكر أبو زيد، فقه النوازل، المرجع السابق، 437/1.

(3) سورة لقمان، الآية: (14).

(4) سورة الأحقاف، الآية: (15).

(5) سورة المؤمنون، الآيتان: (12.11).

الدليل الثّاني: إنّ مثل هذا الفعل يؤدي إلى اختلاط الأنساب من ناحية الأمّ، فقد تحمل الزّوجة صاحبة الرّحم من زوجها في ذات الوقت، وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلاميّ على ذلك " احتمال حمل الزّوجة الّتي زرعت فيها اللقيحة قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الرّوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثمّ تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الرّوج، أو قد تموت علفة أحد الحملين، ولا يعلم أمه الحقيقيّة مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب من جهة الأمّ . (1)

فهذه الصّورة تؤدي إلى اختلاط الأنساب حتى مع منع هذا الاحتمال أنّ تحمل المرأة قبل انسداد الرّحم، حيث إنّ نقل اللقيحة إلى رحم الزّوجة الثّانية لا يكون إلّا بعد التّأكد من خلو رحمها من الحمل، وامتناع الجماع بينها وبين زوجها لحين التّأكد من حصول الحمل، لأنّ هذه الطّريقة في الإنجاب تؤدي إلى الاشتباه في تحديد الأمّ الحقيقيّة للمولود، وهل هي صاحبة البويضة أو صاحبة الرّحم. ولأنّ حفظ الأنساب وما يترتب عليه من صيانة للأنساب يعدّ أحد الكليات الّتي جاءت الشّريعة الإسلاميّة لحفظها.

(1) قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم (4) 86/07/3.

المبحث الثاني

إباحة عقد تأجير الرحم

اتجهت بعض الدول إلى إباحة تأجير الرحم،⁽¹⁾ سواء بصورة مقيدة أم بصورة مطلقة ومنها: بريطانيا، وكندا، وبعض الولايات المتحدة الأمريكية، واليونان وأستراليا، والدنمارك، وبولونيا، والهند، وتايلاند، وأوكرانيا، ورومانيا، وروسيا، وجورجيا، وكوريا.. الخ⁽²⁾ وقد قيدت بعض التشريعات تأجير الرحم بأن تكون الخلايا التناسلية للزوجين مثل: إيران، أو أن يكون عقد تأجير الرحم من دون مقابل مادي مثل المملكة المتحدة.⁽³⁾

وبينما رأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أن عقد تأجير الرحم أحد أسباب تشتت الأسرة، واختلاط الأنساب، ومخالفة مقاصد الشريعة الإسلامية؛ اتجه

⁽¹⁾ نصت بعض الوثائق الدولية الصادرة عن مؤتمرات الأمم المتحدة، المتعلقة بالمرأة، على حق المرأة بتأجير رحمها باسم "حرية التحكم في الجسد"، وقد ورد ذلك صراحة في بنود بكين (بند 79) وأباحت الوثيقة جميع أشكال تأجير الرحم. لذا فتحت الباب على مصراعيه لعقود تأجير الأرحام. المؤتمر العالمي للمرأة الذي عقده الأمم المتحدة في بكين، الصين، (مؤتمر بكين+5، بند 75) والذي عقد من 4 إلى 15 سبتمبر لعام 1995. انظر بنود مؤتمر بكين على الرابط الآتي: (<http://ar.zn.fahangoelm.ir>)، وقد تم الرجوع إليه بتاريخ 2017/2/3 ي الساعة 30:6 مساءً.

⁽²⁾ Katarina lee, World Surrogacy Laws, id .p:1-2.

⁽³⁾ See; Code Surrogacy Arrangement Act(SAA) 16/7/1985.

بعضهم الآخر إلى إباحة عقد تأجير الرّحم كونه خدمة كبيرة للبشرية، كما وقف غيرهم موقفاً محايداً حائراً أي اتجاه يتجه.

فقد أجمع الفقهاء على تحريم أي عملية تلقيح صناعي داخل رحم الزّوجة أو رحم امرأة أخرى إذا تم تشكيل البويضة المخصبة من غير ماء الزّوجين. أما حالة تأجير الرّحم وتشكيل بويضة ملقحة من ماء الزّوجين وزرعها في رحم امرأة أجنبية، فقد اتجه بعض الفقهاء إلى إباحة ذلك.⁽¹⁾

وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأوّل: إباحة عقد تأجير الرّحم في القانون الوضعي .

المطلب الثاني: إباحة عقد تأجير الرّحم في الشريعة الإسلامية.

(1) د. منذر طيب البرزنجي ود. شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنتاج البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مطبعة مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2001، ص154.

المطلب الأول

إباحة عقد تأجير الرحم في القانون الوضعي

تسمح دولتان في الاتحاد الأوروبي صراحةً بعقود تأجير الأرحام، ولا تخضعها إلا لشرط "الإيثار". وعلى نحو عام فإن دول الاتحاد الأوروبي، أياً كانت تشريعاتها، فهي تدين جميع الأشكال التجارية لعقود تأجير الأرحام، ولكن هذا المبدأ يختلف من دولة إلى أخرى.⁽¹⁾

حيث إن عقد تأجير الرحم ينقسم إلى نوعين، وهما:

- النوع الأول: عقد تأجير الأرحام غير التجاري (Altruist Surrogacy):

وفيه تقدم الأم البديلة خدماتها، في هذا النوع، إيثاراً لخدمة الأزواج الآخرين من دون أن تحصل على تعويض، ولكن غالباً ما يتم دفع بعض النفقات الطبية

⁽¹⁾ Hague Conference on Private International Law, A study of legal parentage and issue arising from International Surrogacy arrangements, March 2011, Section (34).

للأم البديلة، لذا يجب التمييز بين ما يشكل " نفقات معقولة " و ما يشكل "دفع مقابل الخدمات".⁽¹⁾

- النوع الثاني: عقد تأجير الأرحام التجاري (commercial Surrogacy):

وفيه يدفع للأم البديلة، في هذا النوع، ما يتجاوز النفقات المعقولة. وغالباً ما يشار إلى عقد تأجير الرحم ب (compensated Surrogacy)، ويشار إلى تأجير الأرحام من دون تعويض ب (uncompensated surrogacy)، وعندما يسافر الآباء المعنيون إلى الخارج للدخول بهذه العقود يسمى عقد تأجير الرحم الدولي (International Commercial Surrogacy) وأحياناً توصف بسياحة الخصوبة.⁽²⁾

⁽¹⁾ وتتراوح التكاليف الطبية بين 11,600 دولاراً في أوكرانيا إلى 2,818 دولاراً في كندا، بينما متوسط التكاليف في الولايات المتحدة الأمريكية بين 20 ألف إلى 80 ألف دولاراً، وعلى سبيل المثال التكاليف القانونية في الولايات المتحدة بين ثلاثة آلاف إلى 15 ألف دولاراً، ومتوسط الرسوم المدفوعة للأم البديلة تتراوح 20 ألف إلى 55 ألف دولاراً. See; Alex Finkelstein, surrogacy law policy in U.S., Id. P. 7

⁽²⁾ See: Id.p.3.

فقد أبحاث القوانين في المملكة المتحدة (بريطانيا) تأجير الأرحام غير التجاري، لذا أصبح أكثر قبولاً اجتماعياً، ويسمح القانون فيها بدفع نفقات معقولة للأُم البديلة.⁽¹⁾

إذ تعدُّ عقود تأجير الأرحام هي الحل الأكثر شعبية وانتشاراً بالنسبة إلى الأزواج العقيمين في الولايات المتحدة الأمريكية، وفي المملكة المتحدة.⁽²⁾ لذا سوف نكتفي بالبحث حول عقد تأجير الرّحم في المملكة المتحدة "بريطانيا" وفي بعض الولايات المتحدة الأمريكية كنموذج للدول التي تبيح هذا العقد.

الفقرة 1- عقد تأجير الرّحم في قانون المملكة المتحدة "بريطانيا":

يستخدم مصطلح تأجير الأرحام (Surrogacy)، في المملكة المتحدة (UK) لوصف حالة امرأة، والتي توافق على الحمل لمصلحة أزواج (Couple)

⁽¹⁾ حيث إن مبلغ 4 آلاف يورو إلى 5 آلاف يورو يعدُّ مبلغاً معقولاً في الدول الأوروبية بينما يمثل مبلغاً كبيراً جداً بالنسبة إلى الفقراء في الهند، ومع ذلك هذا لا يمنع الآباء المعنيين الذين دفعوا هذا المبلغ عند عودتهم إلى المملكة المتحدة مع طفلهم من تقديم طلب إلى الجهات القضائية لنقل نسب الطفل إليهم. انظر:

Opinion of the reflection group on Bioethics on gestational surrogacy the question of European and international rule, Secretariat of the Commission of the Bishops Conferences of the European Community, 2015, p.4.

⁽²⁾ See; Amy Garrity, a comparative analysis of surrogacy law in the United States and Great Britain –A proposed model statute for Louisiana, Louisiana law review , Volume 60l Number 3 spring 2000. p.1.

آخرين.⁽¹⁾ فالأمّ التي تحمل الطّفل تسمى البديلة (surrogate)، أما الآباء المعنيون (intended parents) أو الآباء المفوضون (commissioning parents)، فهم الآباء الذين طلبوا إجراء عملية تأجير الرّحم، ودفعوا تكاليف هذه العملية.⁽²⁾

وقد كانت أول قضية تعرض على القضاء البريطاني هي قضية "كيم كوتون" التي تناضت أجزاً لتلقح صناعياً وتحمل لصالح زوجين أمريكيين لا ينجبان، ولكنّ كوتون وبداعي الأمومة رفضت تسليم الطّفلة إلى الزّوجين اللذين دفعا النفقات لإحدى وكالات تأجير الأرحام. فأصدرت المحكمة قراراً بتسليم الطّفلة إلى والدها البيولوجي أي الزّوج الأمريكي الذي دفع المال لاستئجار رحم الأم البريطانية بالوكالة، وأخذ الزّوجان الطّفلة مقابل زيادة المبلغ المدفوع إلى كيم كوتون. وأصبحت هذه القضية بمنزلة سابقة قضائيّة يعتمد عليها القضاء

(1) ولكن لا يقصد بمصطلح (couple) في بريطانيا الأزواج الذين يربطهم عقد زواج فقط، بأي شريكين حتى لو لم يكونا متزوجين يطلق عليهما مصطلح (couple)، فقد أجاز قانون التخصيب البشري و علم الأجنة لعام 1990 استئجار الرحم للأزواج والخلان..

(2) ويستعمل هذا المصطلح في بريطانيا وأمريكا، وهم الآباء مقدمو الطلب إلى الجهات القضائية لنقل نسب الطفل إليهم، ويشترط القانون في بريطانيا أن يشارك واحد منهما على الأقل في تكوين الطفل جنيناً. راجع المادة (53) من قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 2008.

Article(54) on an application made by people (the applicants), the court may make an order providing for a child to treated in law as the child of the applicants if; (b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo.."

في إصدار الأحكام.⁽¹⁾ وقد أثارت هذه القضية الرأي العام وارتفعت الأصوات التي نادى بتحريم الاتجار في هذا المجال.

وهذا ما دفع المشرع البريطاني إلى إصدار قانون الأمّ البديلة؛ والذي صدر في عام 1985 وثمّ تلاه قانون التخصيب البشريّ وعلم الأجنة في عام 1990 وتعديلاته.⁽²⁾

حيث بدأت المملكة المتحدة بتنظيم عقد تأجير الرّحم قانوناً منذ عام 1985؛⁽³⁾ ويعكس قانون الأمّ البديلة آراء المجتمع في ذلك الوقت، كما يستند على نحو كبير على توصيات لجنة (Warnock)، والتي تم تأليفها لدراسة ظاهرة تأجير الأرحام من كافة جوانبها برئاسة مدام ماري في تموز 1982؛ حيث تناولت هذه اللجنة الجوانب الاجتماعية والدينية والقانونية والأخلاقية وغيرها. واستمرت الدراسة قرابة العامين، وقدمت نتائجها في تقرير للبرلمان في حزيران 1984 وقررت اللجنة أنّه: لا يمكن التعامل مع الرّحم المستأجر بالطريقة ذاتها التي نتعامل بها مع الإخصاب الصناعي عن طريق المتبرع لأنّ

⁽¹⁾ See; Yehezkel Margalit, From baby M to Baby M (ANJ); Regulating International Surrogacy Agreements, Journal of law and policy, Volume 24, Issue 1, 2016, p.41.

⁽²⁾ See; Code Surrogacy Arrangement Act 16/7/1985.

⁽³⁾ See; Code Surrogacy Arrangement Act (SAA) 16/7/1985. and The Human Fertilization and Embryology Act (HFEA) 1/11/1990. (www.legislation.gov.uk.)

العلاقة بين الأمّ وطفلها هي أوثق من تلك التي تربط الرجل بمنيه بالطفل الذي ينتج.⁽¹⁾

وإنّ أطراف العقد حسب لجنة وارنوك لعام 1984 هم: الأمّ الأصلية وتسمى "الأمّ المفوضة" وهي تلك التي تقدم البويضة، وتفوض أمّاً أخرى في أن تحمل بدلاً عنها، والأب الأصلي ويطلق عليه الأب المفوض وهو صاحب الحيوان المنوي الذي تلقح به البويضة، والمرأة الأجنبية التي تقبل زرع البويضة المخصبة من الطرفين في رحمها وتقوم بحمل الجنين كبديل للأمّ الأصلية ويطلق عليها الأمّ البديلة.

أولاً_ قانون الأمّ البديلة (Surrogacy Arrangement1985):

عرّف قانون الأمّ البديلة المصطلحات الأساسية (Surrogacy,surrogate) ونظمَ عقد تأجير الرّحم، إلّا أنّ المطلع على هذا القانون يجد أنّه حظر عقود تأجير الأرحام التجاريّة، وبالمقابل أجاز عقود تأجير الأرحام غير التجاريّة (altruistic) أي من دون أن تحصل الأمّ البديلة على مقابل لحملها، ويسمى الرّحم المؤجر (Womb Lease)، كما يسمح بدفع التّكاليف المعقولة (reasonable expenses).⁽²⁾

⁽¹⁾ Natalia Smith ,Sarah Jones ,Dr Kristy Horsey., Surrogacy in the U k, Myth busting and reform, Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy law Reform ,Kent law school, November,2015.p.8

⁽²⁾ See; Article (s.2/1) of Surrogacy Arrangement Act 1985.

فكان تدخل المشرع البريطاني بإقرار قانون عام 1985؛ الذي قام على مبادئ عامة تنظم عقود تأجير الرحم، وأهمهما:

1_ أن العقود غير ملزمة، ومن ثمّ يمكن للأمّ البديلة الاحتفاظ بالمولود إن شاءت.

2_ الأمّ التي ولدت "الأمّ البديلة" هي الأم القانونية، ولا يمكن تعديل النسب أو نقله إلا بموافقتها.

3_ جرم القانون جميع أشكال الوساطة التي تتم بغرض إتمام عملية تأجير الرحم، وكذلك حظر كافة صور الإعلانات التي تتم بغرض البحث عن نساء تقبل الحمل لحساب الغير، أو تبحث عن زوجين يقبلان حمل الغير لصالحهما مهما كان مضمون الإعلان أو الشكل الذي خرج فيه. وعاقب هذا القانون على هذه الجرائم بالغرامة و بالحبس ثلاثة أشهر. ويشمل الحظر الإعلانات المسموعة أو المرئية والنّاشر لهذه الإعلانات أو المشترك في التوزيع.⁽¹⁾

ثانياً_ قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 1990:⁽²⁾

(The Human Fertilization and Embryology Act 1990)

تناول قانون عام 1990 عدة جوانب متعلقة بالإنجاب، مثل: التصرف بالأمشاج (gametes)، كما يبحث باختصاصات الهيئة العامة للتخصيب البشري وعلم الأجنة. وفيما يتعلق بعقود تأجير الأرحام؛ وضع القانون تصوراً

⁽¹⁾ See; Article (s.3/1),(s.4/1),(s-3/2).(s.3/1) id

⁽²⁾ See; The Human Fertilization and Embryology Act 1/11/1990.

إرشادياً يتعلق بالتعريف القانوني لمفهوم النسب، وكيف يتم نقل النسب من الوالدين القانونيين للطفل إلى الوالدين المعنيين اللذين قاما باستئجار الرحم.

إذ لم يجرم المشرع البريطاني عمليات تأجير الأرحام، إنما جرم أعمال الوساطة فقط. أي لم يجرم النشاط ذاته إذا كان إثاراً، وكذلك سلوك المرأة التي ترغب في الحمل وتتقدم متطوعة لذلك الزوجين اللذين يبحثان عن امرأة لحمل طفلها، وثم ظل النشاط يمارس في نطاق التبضع. والحظر ينصب على النشاط بمقابل أو الإعلان عنه.

وعلى أي حال إن ما تغير في قانون تأجير الأرحام في المملكة المتحدة منذ ثلاثين سنة هو توفير آلية نقل الأبوة القانونية من الأم البديلة إلى الآباء المفوضين.⁽¹⁾

(1) ويعدّ قانون التخصيب وعلم الأجنة لعام 1990 جزءاً رئيساً من التشريعات التي تنظم عمليات التلقيح الصناعي والتقنيات ذات الصلة بها، والبحوث والممارسات في المملكة المتحدة، ومن الملاحظ أن العلوم، والتقنيات، والآراء المجتمعية قد تطورت منذ أن بدأ العمل بالقانون. وقد نشرت مسودة مشروع قانون عام 2007 وتمت الموافقة البرلمانية على قانون عام 2008؛ وهو ليس قانوناً جديداً مستقلاً إنما عدل قانون 1990. وفي عام 1997 كلفت الحكومة لجنة (Brazier) بوضع إضافة أخرى لتأجير الأرحام، حيث قامت بوضع تقرير نُشر عام 1998؛ وتعتقد اللجنة أن قانون 1985 والبنود ذات الصلة بقانون 1990 يجب أن يستبدلا بقانون جديد، يجرم عقود تأجير الأرحام التجارية. ويتوجب إقرار قانون لتنظيم نشاط وكالات تأجير الأرحام غير الربحية، والتي يجب أن تسجل لدى وزارة الصحة. كما يجب أن يضع حداً لارتفاع تكاليف عقود تأجير الأرحام، وأن يحدد القانون الجديد مبلغاً معقولاً كتعويض عن نفقات هذه العملية.

فقد اتجه المشرع البريطاني إلى إباحة عقد تأجير الرّحم بشروط قانونيّة صارمة وأخرى طبية، لتنظيم هذه العقود بقانون صدر عام 1990، والذي عدل عام 2008، ومن ثمّ عدل عام 2010.⁽¹⁾

وألزم هذا القانون الجهات الصّحية بإجراء تحاليل نفسية وفيزيائيّة للأُمّ البديلة كما اشترط فيها توافر ما يأتي:

- أ. أن تتجاوز ال 35 من عمرها.
- ب. أن يكون قد سبق لها الإنجاب.
- ج. منع القانون دفع مبالغ إلى الأُمّ البديلة مقابل حملها، باستثناء المصارف الضّرورية كمصاريف الحمل والغذاء والولادة.. الخ.⁽²⁾
- د. يعود للقاضي توصيف عقد تأجير الرّحم فيما إذا كان تجارياً أم لا، وأن المبالغ التي اتفق عليها بين الطرفين ليست ربحية، فيمكن للمحكمة أن تسمح لأطراف الاتفاق على دفع مقابل كنفقات الحمل والولادة ويجب أن تكون "نفقات معقولة".⁽³⁾

الفقرة-2- تأجير الرّحم في الولايات المتحدة الأمريكيّة:

⁽¹⁾ يمكن مراجعة هذه القوانين على موقع الحكومة البريطانية: (www.legislation.gov.uk)

⁽²⁾ See; Section(s.1/A) inserted by Human Fertilisation and Embrology 1990 Section (s.4/1) &(s.3/1 (a).

⁽³⁾ See; (s.54/8)Act 2008.

انتشرت تقنيات الإنجاب المساعد (Assisted Reproductive Technology) في أمريكا، ومنها التلقيح الصناعي الخارجي (In Vitro Fertilization)، وذلك منذ ظهور أول طفل أنبوب (Louis Brown) عام 1978. وعلى الرغم من أن التلقيح الصناعي (Artificial insemination) بدأ في عام 1930 إلا أنه لم يطبق إلا بعد الحرب العالمية الثانية، ويعدّ التلقيح الصناعي مجرد واحدة من الخدمات الطبية التي تقدم للأزواج الذين يعانون من العقم، وقد تزايدت منذ أن بدأ مركز العلاج والسيطرة على الأمراض (CDC) بالعمل عام 1998، وازداد عدد الأطفال سنوياً أكثر من الضعف من السنوات السابقة فيما يتجاوز 57 ألفاً في 2007 حسب مركز (CDC). فكانت تقنية التلقيح الصناعي مجرد "غيض من فيض" بين خدمات الخصوبة ومنها: التبرع بالبيوض والنفطاف، والعلاج الهرموني، والتلقيح الداخلي، ونقل الأمشاج إلى قناة فالوب (GIFT) أو البويضة المخصبة (ZIFT). وبدأ الجدل الأخلاقي يحيط بالعديد من تقنيات الإنجاب المساعد، حيث ظهر أسلوب آخر مثير للجدل على نحو خاص أكثر من تقنيات الإنجاب المساعد الأخرى في عام 1980، على نحو خاص بعد نجاح عمليات التلقيح الصناعي الخارجي (IVF)، وهو الأمهات البديلات "تأجير الأرحام":

هؤلاء النساء اللاتي يقمن بتأجير أجسادهن وأرحامهن تسعة أشهر بحمل طفل لشخص آخر، ويخضعن للتجربة والإخصاب الطبي والأدوية المركزة إلى

جانب المخاطر التي تتحملها الأمهات البديلات غالباً من مضاعفات طبية إضافة إلى الحمل المتكرر.⁽¹⁾

فأصبحت عقود تأجير الأرحام في أمريكا حلاً بديلاً للتبني وفرصة جديدة لأولئك الذين يرغبون بتحقيق غريزة الأبوة والأمومة، وعلى نحو خاص الأسر الأحادية والأزواج من الجنس ذاته، والأزواج العقيمين، إذ يلجأ الأزواج، وخاصة مثليو الجنس، الراغبون في تكوين أسرة تشتمل على أطفال مرتبطين بهم بيولوجياً إلى تقنيات الإنجاب الطبي المساعد (ART). وعلى الرغم من العدد المتزايد فهناك عوائق أخلاقية واقتصادية وقانونية مهمة في الحصول على الأطفال بهذه الطريقة. وما يؤكد وجود عوائق اقتصادية أن تقنية الإنجاب المساعد باهظة التكاليف وغالباً لا تكون مشمولة بالتأمين، لذا فإن تأجير الأرحام، كنوع من أنواع تقنيات الإنجاب المساعد، باهظة التكاليف لاشتماله على طرف ثالث وتكنولوجيا متطورة، لذا يتطلع الأمريكيون إلى الدول الأخرى، التي توفر الأمهات البديلات، بتكلفة أقل بكثير.⁽²⁾

وتختلف القوانين التي تحكم تأجير الأرحام من ولاية لأخرى، فلا يوجد قانون اتحادي ينظم عقد تأجير الأرحام في الولايات المتحدة الأمريكية، وتعتمد أحياناً على نوع العقد سواء أكان حملاً تقليدياً أم حملاً بالإنابة. إضافة إلى ذلك فإن

(1) Magdalena Gugucheva, Surrogacy in America..., id .p.1.

(2) Catherine Delair, Ethical Moral and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies, Employed by Gay and Man and Lesbian Women, 4 DePaul Journal Health Care, 2000, P.147,148.

كثيراً من الولايات التي تسمح بعقود تأجير الأرحام تحظر التعويض فيما يتجاوز دفع النفقات الطبية التي تكبدتها صاحبة الرحم نتيجة عقد تأجير رحمها.⁽¹⁾

إذ يختلف موقف قوانين الولايات في عقود تأجير الأرحام إلى أربعة أنواع: الحظر والجمود وتنظيم الحالة والتنسيق التعاقدية.⁽²⁾ فالولايات التي تستخدم طريقة الحظر تحاول أن تمنع تأجير الأرحام بفرض عقوبات مدنية وتجارية وجزائية مثل ولاية ميتشغان. وتتبع بعض الولايات مثل انديانا وكنتاكي ونبراسكا طريقة الجمود حيث تقوم بإلغاء عقود تأجير الأرحام على أساس مخالفته للنظام العام، وعلى العكس تستخدم الولايات الأخرى طريقة تنظيم الحالة الخاصة بهم على عقود تأجير الرحم من خلال تشريعات تحدد الشروط الإلزامية مثل ولاية أركنساس وتكساس..⁽³⁾

⁽¹⁾ وتحظر قوانين ولاية (Orengo) دفع أي مبلغ أو تعويض مقابل تبني الطفل الذي يولد عن طريق عقد تأجير الرحم، وهي تأكيد لرأي المحامي العام أن " يعدّ باطلاً كل اتفاق يتم فيه تبادل المال من أجل الحق في تبني طفل، وخاصة عندما تطعن فيه الأم الذي ولدته."

Orengo(OR),AMDMIN.R.§ §413-120-0200(3)(2009). See; Id, p.82.

⁽²⁾ See; Alex Finkelstein, surrogacy law policy in the U.S., Id, p.3.

⁽³⁾ Radhika Rao, Surrogacy law in the United State; The Outcome of Ambivalence, in Surrogacy MOTHER HOOD, International Per Spectivce23, 2003.

وعلى الرغم من التّضارب الكبير في جميع أنحاء الولايات المتحدة فمعظم الولايات تتجه بعيداً عن الحظر ونحو التّنظيم،⁽¹⁾ وتعدّ ولاية نيويورك واحدة من ثلاثة ولايات والتي تحظر تأجير الأرحام تماماً.⁽²⁾

أولاً_ الولايات التي تسمح بتأجير الأرحام:

تنظم بعض الولايات عقود تأجير الأرحام، وتسمح بها، ومنها، " كاليفورنيا وفلوريدا وواشنطن ونيوجرسي و أركنساس"، على النحو الآتي:

1_ في ولاية كاليفورنيا (California):

نظمت ولاية كاليفورنيا في أمريكا عقد تأجير الرحم بالقانون رقم (7600) لعام 2009،⁽³⁾ وتكثر عقود تأجير الأرحام التجارية في ولاية كاليفورنيا، فيمكن للمتعاقدین الاتفاق على دفع تعويض للأُمّ البديلة من دون أن يحدد القانون "القيمة المعقولة" التي يمكن أن تدفع للأُمّ البديلة، ولأنّ المبالغ الماليّة المدفوعة قد تبدو مغرية، وعلى نحو خاص، للمرأة غير القادرة على تأمين فرصة عمل بالحد الأدنى للأجور، الأمر الذي يؤدي إلى استغلال النساء ذوات الدّخل المحدود "كمصانع للأطفال".⁽⁴⁾ حيث يسمح هذا القانون باستخدام الأمّ والطفّل

⁽¹⁾ وقد بحثنا الولايات المتحدة الأمريكية كنموذج للدول التي تتيح تأجير الأرحام لأن معظم الولايات فيها تتجه نحو تنظيم عقد تأجير الرحم والسماح به، وإن وجدت ثلاث ولايات فيها تحظر عقد تأجير الرحم.

⁽²⁾ See; Alex Finkelstein, Surrogacy law in the U.S., Id, p.3.

⁽³⁾ Florida code,§ 63.212 (2009). See; Id.

⁽⁴⁾ Nicole Miller Healy, id, p.102.

استعمالاً منافية للطبيعة الإنسانية، فيمكن الحصول على الطفل المرغوب ليصبح وسيلة مادية تحمله أمٌ بديلة تحمل الجنسية الأمريكية لتعطيه للوالدين اللذين قدما الطلب "الآباء المفوضون"، وهم من جنسية مختلفة، ليستطيعوا إخراج ثروتهم باتجاه الولايات المتحدة الأمريكية، فيكون بذلك الطفل مجرد أداة لإدارة الأموال.

إذ يعدّ الآباء المفوضون هم الآباء القانونيين للطفل، إذ يمكنهم تقديم طلب إلى المحكمة لنقل نسب الطفل إليهم وذلك قبل ولادته، ولكن لا يصبح ساري المفعول حتى لحظة ولادة الطفل.⁽¹⁾ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في كاليفورنيا في قضية (Johnson v. Calvert) إذ قررت أنّ الأمّ المعينة "أو المفوضة"، التي فوضت امرأة غيرها بالحمل لمصلحتها، يمكن أن تكون أمّاً قانونيّة للطفل حتى من دون أن تشارك في تكوينه بيولوجياً، وذلك إذا كان زوجها أباً بيولوجياً للطفل.⁽²⁾

2_ ولاية فلوريدا (Florida):

نظمت ولاية فلوريدا في أمريكا، عقد تأجير الرّحم بالقانون رقم (212-63)، حيث يسمح هذا القانون بكافة أشكال تأجير الرّحم سواء أكان اتفاق الحمل بالإنابة أم اتفاق تأجير الرّحم التقليدي، ويسمح القانون المذكور أيضاً بأن يدفع

(1) California. Family Code §7600 (2009). See; id.

(2) Johnson v. Calvert. 851. p.2d 776, 781, 782 (cal 1993). Id. also v. Spuerior Court, 897 p.2d 1356(App.1994). also Belsito v. Clark, 644 N,E,2d 760(Ohio .Ct.Pl.1994). See; Nicole Miller Healy, id.p.89.

للأمّ البديلة تعويضاً معقولاً مقابل خدماتها، وفي التّوعين يجب أن يوافق الآباء المفوضون على حضانة الطّفل وتأكيد المسؤوليات والحقوق الكاملة للأبوين فور ولادة الطّفل، كما تفرض قوانين فلوريدا شروطاً صارمة على هذه العقود.⁽¹⁾

ويرى بعضهم أنّه: على الرّغم من أهمية هذا القانون إلّا أنّه لم يحدد الطّبيعية القانونيّة لهذا العقد، هل هو عقد وديعة أم عقد إيجار أم عقد وكالة؟⁽²⁾

فقد أوجب هذا القانون أن يحدد في العقد كافة الاحتمالات الممكنة الحدوث، كحالة وفاة أحد الزّوجين أو انفصالهما بالطلاق، وحقوق الأولاد والأبوين، والمرأة الأجنبية التي حملت ووضعت.

أما بالنّسبة إلى شروط هذا العقد، ميز هذا القانون بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تؤجر المرأة رحمها من دون تقديم البويضة، وهو ما يسمى بالحمل بالإنابة، وهذه الحالة تستوجب توافر عدة شروط في كل من الآباء المفوضين والأمّ البديلة، نذكر منها:

⁽¹⁾ Florida (FLA) Stat. Ann. § 63-212 (2009), also FAL. Stat. Ann. §742.15 (2016). See; Brittany M. Nichol, A child without a country, MICH. ST. L. REV. 907.2016, p.911

⁽²⁾ د. الصادق ضريفي، الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي القانون المقارن بين الحظر وإباحة، بحث منشور في مجلة معارف قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة العدد، 18، 2015، ص24.

- قيام علاقة الزّوجية بين الرّاعبين في الحصول على طفل، فلا يجوز اللجوء إلى هذا العقد خارج إطار العلاقة الزّوجية، بينما يحظر القانون استتجار الرّحم لجميع الأفراد غير المتزوجين ولمثلي الجنس.
- توافر الأهلية الكاملة لدى الرّوجين والمحددة ب 18 سنة.
- يجب عل الرّوجين تقديم شهادة طبية من طبيب مختص في فلوريدا تثبت عدم قدرة الزّوجة على حمل الجنين في رحمها أو أنّ حملها يعرضها أو يعرض الجنين للخطر.
- أن تكون المرأة التي تتولى الحمل بالغة سن الرشد.
- أن تقبل المرأة الخضوع للفحص الطّبي والمراقبة خلال مدة الحمل.
- أن توافق على التّخلي عن حقوقها كأم، وتسلمه للزوجين، وتساعدتهما في استخراج شهادة ميلاد باسمهما. بينما يجب على الرّوجين تقديم طلب إلى الجهات القضائيّة لنقل نسب الطّفل إليهم خلال ثلاثة أيام بعد ولادة الطّفل.
- يجب أن يلتزم الرّوجان بكافة التزاماتهما تجاه المولود، وألا يرفضاً حضائته.
- أن يتحمل الرّوجان كلفة المصاريف والنّفقات خلال مدة الحمل.⁽¹⁾

الحالة الثّانية: أن تؤجر المرأة رحمها مع تقديم البويضة، وتسمى بعقد تأجير الرّحم التّقليدي، وفي هذه الحالة قيد القانون انتقال الحضانة إلى الرّوجين بموافقة خدمات الصّحة والإنعاش (Department of health and rehabilitative)

⁽¹⁾ FAL. Stat. Ann, § 742.11.15.16. See; Brittany M. Nichol, id, p.911

من جهة، واستصدار أمر قضائي من جهة أخرى، مع ضرورة عدم تعارض العملية مع قانون التبني المطبق في ولاية فلوريدا، ومن ثم تقوم المحكمة بتعديل شهادة الولادة مع الاحتفاظ بحق الأم البديلة، والتي ترتبط بيولوجياً بالطفل في فسخ العقد والاحتفاظ بالطفل خلال ثمانية وأربعين ساعة بعد ولادة الطفل، لذلك يجب على الأزواج انتظار ما لا يقل عن ثمانية وأربعين ساعة قبل الحصول على حكم نسب الطفل، فتتطلب هذه الحالة توافر جملة من الشروط، وهي:

- موافقة المرأة الأجنبية على أن يتم الحمل عن طريق التلقيح الصناعي في عقد محدد.
- موافقتها على التنازل عن حقوقها تجاه الطفل فور الولادة على أن تكون الموافقة كتابية في العقد.
- أن تتعهد بأخذ الطفل على عاتقها في حال رغبة الزوجين في إنهاء العقد قبل انتقال الحضانة إليهما، أو في حال عدم إذن القاضي بذلك.
- للمرأة الأجنبية الحق في أخذ الطفل والامتناع عن تسليمه خلال السبعة أيام الموالية للولادة، وإنهاء العقد.
- يتحمل الزوجان كافة النفقات الطبية ويتكفلان بمصاريف معيشة الحامل خلال فترة الحمل.
- يجب أن يتضمن العقد النص على حق كل طرف في إنهاء العقد.⁽¹⁾

(1) FAL. Stat. Ann, § 742.15. See; Brittany M. Nichol, id, p.911

3_ في ولاية واشنطن (Washington):

يسمح قانون العاصمة "واشنطن" بعقد تأجير الرحم غير التجاري فقط، بينما يمنع عقد تأجير الرحم التجاري، وليس نشاط تأجير الأرحام بحد ذاته. فيعدّ باطلاً كل اتفاق يشمل أي مبلغ للأُم البديلة غير النّفقات الطّبية والقانونيّة. إضافة إلى فرض مؤيدات جزائية على ممارسة تأجير الرحم بشكله التجاري، ويعاقب بالغرامة، أو بالسّجن، وتصل مدة السّجن إلى سنة واحدة.⁽¹⁾

كما يمنع القانون في واشنطن كل من عقد تأجير الرحم التقليدي "الذي تكون فيه الأمّ البديلة مانحة للبويضة المخصبة"، وعقد الحمل بالإنابة "التي تكون فيها الأمّ البديلة غير مساهمة بيولوجياً في تكوين الجنين".⁽²⁾

4_ في ولاية نيوجرسي (New Jersey) :

تسمح قوانين ولاية نيوجرسي بعقد تأجير الرحم "بالإنابة"، بشكله غير تجاري فقط. بينما تحظر عقد تأجير الرحم "التقليدي". فقد قضت محكمة (نيوجرسي) بمنح الطّفل للأُم البديلة وزوجها في قضية (Baby M)، والتي تتلخص وقائعها بما يأتي: تعاقد زوج (Stern)، تعاني زوجته (Mrs Stern) من العقم، مع امرأة متزوجة (Whitehead Marybeth) على أن تتبرع له ببويضاتها يتم تلقيحها خارجياً مع الحيوان المنوي للزوج، ومن ثمّ تزرع البويضة المخصبة في

⁽¹⁾ Washington Laws §§ 2178, 2179(codified wash Rev. Code §§26, 210-26.260)(2009). See; Alex Finkelstein, Id, p.75.

⁽²⁾ See; Id.

رحم تلك المرأة التي وافق زوجها على الاتفاق؛ الذي تلتزم الأم البديلة بموجبه بتسليم الطفل عند ولادته للطرف الأول مقابل مبلغ (10000) دولاراً. وعند الولادة رفضت الأم البديلة تنفيذ التزامها التعاقدى بتسليم الطفل إلى والده البيولوجي، وأرادت الاحتفاظ به. فرفعت دعوى أمام المحكمة العليا في ولاية (نيوجرسي) التي أعلنت أن الاتفاق الذي تم بين الأب البيولوجي والأم البديلة غير صحيح، وذلك لأنه يهدف إلى مخالفة أحكام التّبني. وقررت منح الطفل للأم البديلة وزوجها. وبررت المحكمة قرارها بغياب القيمة القانونية لاتفاقيات تأجير الأرحام.⁽¹⁾

وينص القانون في ولاية نيوجرسي على السماح فقط بعقود تأجير الأرحام بالإناثة (حيث لا تسهم الأم البديلة بيولوجياً في تكوين الطفل، والتي هي موضوع بحثنا). هذا على عكس هذه القضية حيث كانت الأم البديلة أمّاً بيولوجية أيضاً للطفل، وفقاً لعقود تأجير الأرحام التقليدية إضافة إلى تمسكها بحق الحضانة للطفل. لذا أبطلت محكمة نيوجرسي عقد تأجير الرحم؛ لأنه يعارض القانون والنظام العام في نيوجرسي.⁽²⁾

⁽¹⁾ In re Baby M, 537 A.2d 1227,1237,1240.(N.J.109.1988). See; Nicole Miller Healy, Gestational parenting..., id, p.812.

⁽²⁾ كما يسمح قانون (Main) الذي دخل حيز التنفيذ في عام 2016؛ بعقود تأجير الرحم، وبدفع مقابل للأم البديلة و يشترط هذا القانون: أن تتم الأم البديلة 21 من عمرها، وأن تخضع لفحص طبي، كما يجب على الآباء المعنيين الخضوع لتقييم طبي صحي وعقلي، وأن يحصل كل من الطرفين على تمثيل قانوني مستقل، وأن يقيم أحد الوالدين المعنيين في ولاية ماين.

see; Alex Finkelstein Id.p;55

4_ في ولاية أركنساس (Arkansas):

تعدّ عقود تأجير الأرحام في قوانين ولاية أركنساس صحيحة وقابلة للتنفيذ،⁽¹⁾ كما بينت هذه القوانين مبادئ توجيهية واضحة تتعلق بتحديد النسب القانوني في ثلاث حالات:

أ. يعدّ الأب المعني "مانح الحيوان المنوي" وزوجته الأمّ المعنية الوالدين القانونيين للطفل.

ب. إذا كان الأب المعني "مانح الحيوان المنوي" غير متزوج يكون هو الأب القانوني.

ج. الأمّ المستأجرة في عقد تأجير الرّحم التقليدي هي الأمّ القانونية.⁽²⁾

ثانياً_ الولايات التي تحظر تأجير الرّحم:

تحظر بعض الولايات المتحدة الأمريكية عقود تأجير الأرحام، وهي: "نيويورك وميشيغان وإنديانا"، وتعدّ هذه العقود باطلة وغير قابلة للتنفيذ كونها تخالف النظام العام فيها.⁽³⁾

(1) Arkansas. Code. § 9-10-201-301-304 (2009). see; Magdalina Gugucheva, Surrogacy in America., Id, P.29.

(2) See; Alex Finkelstein., Surrogacy in America., Id, P.29.

(3) See; Id

1_ في ولاية نيويورك (New York):

تعدّ جميع أنواع عقود تأجير الرّحم باطلة بموجب قوانين نيويورك.⁽¹⁾ فمنذ عام 1992 يمنع القانون فيها عقد تأجير الرّحم، ومع ذلك فإنّ مشروع قانون حماية الآباء والطفّل "Child-parents Security Act" يسعى إلى إلغاء حظر تأجير الأرحام مع مراعاة تنظيم هذه الممارسات.⁽²⁾

وأهم المبادئ التي ينص عليها هذا القانون، هي:⁽³⁾

أ. بالنسبة إلى الآباء المعيّنين: "Intended Parents"

- يجب أن يكونوا بالغين، ولم يقتصر هذا القانون على المتزوجين فقط بل سمح أيضاً لمثليي الجنس والخلان؛ الذين يعيشون كشركاء لمدة 3 سنوات على الأقل، والأشخاص المنفردين؛ الدّخول في اتفاق تأجير الرّحم.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ New York. DOM. Rel. Law §§121-124 (2009). See; Id.

⁽²⁾ See; id

⁽³⁾ يتطلب قانون حماية الآباء والأطفال توقيع كل من الآباء المعيّنين والأم البديلة والأم البديلة، إن وجد، على عقد تأجير الرّحم، و تمثيل الطرفين من قبل مستشار قانوني، وذلك ضماناً لحماية مصالح جميع الأطراف نظراً لطبيعة عقود تأجير الأرحام المعقدة، فيمكن للمحامي أن يتحقق من صحة العقد ويحدد حقوق ومسؤوليات كل طرف، ويشترط هذا القانون الإقامة في نيويورك، فيجب أن تبرز الأم البديلة أو الآباء المعيّنون سند إقامة في نيويورك لمدة 90 يوماً على الأقل أو شهادة ميلاد للطفّل في نيويورك.

⁽⁴⁾ Child-Parent Security Act, n° 581-405.

- الحصول على موافقة قانونية لحضانة الطفل فور ولادته وذلك ضماناً لاستقرار الطفل وتحقيقاً لمبدأ مصلحة الطفل الفضلى.⁽¹⁾

ب. وبالنسبة إلى الأم البديلة "Surrogate"

_ يجب أن تتم الأم البديلة 21 سنة على الأقل، وأن تخضع لفحص طبي حول قدرتها على الحمل.

_ يجب أن توافق الأم البديلة و زوجها، إن وجد، على تسليم الطفل فور ولادته إلى الآباء المعنيين.⁽²⁾

_ يقتضي هذا القانون أن تحصل الأم البديلة على بطاقة تأمين صحي، من قبل الآباء المعنيين، تغطي نفقات العلاج حتى ثمانية أسابيع من الولادة على الأقل، وذلك حمايةً لها من الاستغلال ومن المخاطر الطبية التي قد تنشأ عن الحمل.⁽³⁾

2_ في ولاية ميشيغان (Michigan):

تعدّ القوانين في هذه الولاية صارمة جداً؛ بحيث تحظر كل عقود تأجير الرّحم (Surrogacy Contracts)، فهي عقود باطلة كونها تخالف النظام

⁽¹⁾ Id.

⁽²⁾ Id.

⁽³⁾ Id.

العام في ميشيغان. وتفرض غرامة وعقوبة بالسجن تصل إلى خمس سنوات على أي شخص يكون طرفاً في هذا العقد.⁽¹⁾

3_ ولاية إنديانا (Indiana):

تعدّ عقود تأجير الأرحام باطلة وفقاً لقوانين إنديانا. حيث تمنع هذه القوانين العقود التي تسهم فيها الأمّ البديلة في تكوين الطّفل بيولوجياً وتحمله، ومن ثمّ تتخلى عن حقوقها وواجباتها على الطّفل (عقد الحمل التقليدي). كما تمنع العقود التي لا تسهم بها الأمّ البديلة بتكوين الطّفل بيولوجياً (حمل الإنابة).⁽²⁾

ومن خلال عرض بعض التشريعات، التي تعترف بعقد تأجير الرّحم، في أمريكا، لا يمكن إيجاد قانون أخلاقي لتأجير الرّحم، فهذه التشريعات تقبل بالتعامل مع الكائن الحي كرقم تدمر الشّعب الفقير والنّساء في البلدان الفقيرة، والتي تقر هذا القوانين.

⁽¹⁾ Michigan Laws(Act199 of 1998)&(722-8512009 Sec. 5). See; Section (5); "A Surrogate parentage contract void and unforceable.." and Section(9);" Surrogate parentage contract entered into compensation is unlawful; and prohibited ..." See; Alex Finkelstein..., surrogacy law in the U.S., Id.

⁽²⁾ Indiana Code §§31-20-1-1(2009). See; id.

المطلب الثاني

إباحة عقد تأجير الرحم في الشريعة الإسلامية

يرى القائلون بإباحة عقود تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي أنّ ذلك سيحل كثيراً من مشكلات الأمهات العقيمات، أو اللواتي أجرين عملية استئصال رحم، وبذلك يحافظ على ترابط آلاف الأسر المهددة بالتفكك بسبب عدم الإنجاب ومع ذلك وضعوا شروطاً لعملية نقل البويضة إلى أمّ بديلة تفادياً لاختلاط الأنساب، وهي: أن تجري الأمّ البديلة الفحوصات اللازمة للتأكد من سلامتها صحياً، وضع الأمّ البديلة تحت ملاحظة مستمرة وكاملة خلال مدة الحمل وتبقى تحت تصرف الطبيب المعالج، أن تكون الأمّ المستأجرة في سن مناسبة للحمل، وأن تقرّ ألا تتزوج إذا كانت أرملة أو عذباء، أو تمتنع عن زوجها (إذا كانت ذات زوج) في أثناء مدة الحمل.⁽¹⁾

لذا فإنّ إباحة تأجير الأرحام دعت إليها حاجة إنسانية، حيث لا يلجأ إلى هذه الطريقة غالباً إلا إذا كان هناك أسباب طبية تمنع المرأة من الحمل. فلماذا

(1) وهو رأي الدكتور عبد المعطي البيومي، والحقيقة أنّ د. البيومي كان قد أفتى بجواز إيجار الرحم، على نحو عام، ثم عاد عن رأيه، واشترط أن تكون المرأة هي زوجة ثانية للرجل صاحب الحيوان المنوي. وذلك في مقال له بعنوان: " حلال حلال " مقال منشور في زاوية قضايا وآراء في جريدة الأهرام، عدد 41802 بتاريخ 2001/5/19. راجع موقع جريدة الأهرام (www.alaram.org)، وأيضاً موقعه الخاص: (www.dr-bayuomy.com)، تم الرجوع إليه الساعة 1:30 مساءً بتاريخ 2017/8/11.

لا يستفيد المحرمون من الإنجاب من هذا التّقدم العلميّ الذي يعدُّ نعمة أنعم الله بها على المحرومين المتشوقين إلى الأولاد. وقد فرق بعضهم فيما إذا كانت المرأة صاحبة الرّحم زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي أم لا، فإذا كانت زوجة ثانية فيجوز تأجير الرّحم.⁽¹⁾ وبعضهم الآخر أباح تأجير الرّحم سواء أكانت صاحبة الرّحم زوجة أخرى للرجل أم لا.⁽²⁾ لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فئتين: استئجار رحم الأجنبية (الفقرة الأولى)، واستئجار رحم الصّرة (الفقرة الثّانية).

الفقرة 1- استئجار رحم الأجنبية:

استدل كلّ من الفريقين القائلين بالتّحريم والإباحة بقواعد الفقه التي يسترشد بها في بيان الحكم الشرعيّ، فكان اختلافهم في استدلالهم بقواعد شهيرة في الفقه

(1) د. زكريا البري، المرجع السابق، ص 179.

(2) انظر فتوى الشيخ: د. موسى شاهين لاشين، حيث أجاز استئجار الأرحام معتمداً على أن الدين الإسلامي دين يسر، وأن الرحم المستعار تدعو إليه حاجة إنسانية، فهو يليح حاجة المرأة المحرومة من الأمومة التي نصت عليها واعتبرتها الشريعة الإسلامية، وأكد أن الرحم المستعار لا يشبه الزنا في شيء وهو آمن من اختلاط الأنساب. والدكتور عبد الصبور شاهين، إذ نظر إلى قضية استئجار الرحم من ثلاث زوايا مختلفة : الجانب الديني والأخلاقي والقانوني، أما بالنسبة إلى الجانب القانوني فهناك عقد صحيح في العملية يغطي هذا الجانب، أما الجانب الأخلاقي فربما هذه العملية تواجه معارضة من المجتمع من باب الحفاظ على العادات والتقاليد إلا أن هذا لا يعني أن هذه المسألة محرمة، أما الشريعة الإسلامية وتأجير الرحم ليس فيه شبه زنا وهو آمن من اختلاط الأنساب . وأجاز الدكتور عبد الحميد الأنصاري، أن يُستأجر رحم امرأة أجنبية عن الزوج لتحمل عن زوجها، وقال إنه يشارك الدكتور عبد المعطي البيومي في رأيه. وأضاف أن الرأي الذي انتهى إليه مجمع البحوث الإسلامية بمكة هو رأي جماعي وليس إجماعي للأمة الإسلامية. أشارت إلى هذه الفتاوى: د. هيام السماوي، المرجع السابق، هامش رقم (2) صفحة 158.159.

الإسلامي، أهمها الأصل في الأشياء الإباحة أم التحريم ؟ وهل يمكن في إجازة تأجير الرحم تطبيق قواعد الضرورة؟ وقواعد الضرر يزال؟ كما استدلووا بالقرآن الكريم والسنة النبوية والقياس.

أولاً_ (من القرآن):

استدل المبيحون لتأجير الرحم من القرآن الكريم بما يأتي:

1_ ﴿ أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ ﴿٩٠﴾ فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿٩١﴾ إِلَى قَدَرٍ مَّعْلُومٍ

﴿٩٢﴾ (١)

وجه الدلالة: أنّ هذه الآية ما هي إلّا دليل واضح وصريح على أنّ الجنين إنما هو نتاج عملية التقاء الحيوان المنوي بالبويضة، ولا دخل للرحم في تكوينه، فالرحم هو الوعاء، وشبهوا دور الرحم بالنسبة إلى الجنين بدور الأرض بالنسبة إلى النبات، فدوره يقتصر على الحمل فقط من دون أدنى تأثير في التركيب البيولوجي بدلالة اختلاف أنواع الزروع وطعمها مع أنّ الماء الذي تسقى به واحد. (2)

وقد ثبتت من الناحية الطبية عدم تحقق الاختلاط بين الأنساب، حيث إنّ حق الطّفل محفوظ عن طريق حمله للصفات الجينية والوراثية للأب والأم. فإنّ البويضة من الزّوجة إذا خصبت بماء زوجها لا تتضمن اختلاطاً في الأنساب،

(1) سورة المرسلات، الآيات: (20، 21، 22).

(2) د. عبد الحميد عثمان، أحكام الأم البديلة، المرجع السابق، ص 27.

فعندما تتحد البويضة مع الحيوان المنوي الذكر يتم التزاوج بين 23 كروموزوماً منفرداً من البويضة و23 كروموزوماً منفرداً من الحيوان المنوي، ليتكون لدينا 23 كروموزوماً ثنائياً، وتصطف الجينات الوراثية لكل نوع من الخواص على الكروموزومات الثنائية متقابلة مع بعضها بعضاً في ترتيب تتابعي متكامل، حيث يوجد جين واحد من الأم في مقابلة جين واحد من الأب، وكل جينين يحملان معاً انتقال خاصية وراثية إلى الكائن الجديد، وبناءً على هذا فإن التشكيل الوراثي للجنين يكون للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، والبويضة المخصبة من الزوج لا يمكن تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي آخر غير الذي لقحت به بداية. ومن هنا نؤكد أن الرحم لا ينقل أي صفة وراثية ولا يسهم بأي تكوين جيني، إنما هو يمد الطفل بالغذاء والأوكسجين والأمشاج الزميمة، ولا يمكن أن يكون اختلاط بالأنساب لعدم إمكانية تلقيح البويضة المخصبة مرة أخرى.⁽¹⁾

(1) وقد تبنى هذا الرأي الدكتور عبد المعطي البيومي، وأيده الدكتور إسماعيل برادة أستاذ طب النساء بجامعة تكساس في الولايات المتحدة الأمريكية؛ وبرأي د. برادة في لقائه مع د. طه الحبشي وحسب ما نشر في الصحف: "إن تأجير الأرحام مأمون من اختلاط الأنساب لأن البويضة الملقحة بمجرد أن تبدأ عملية الانقسام والتكاثر تصبح كائناً جديداً يعرف باسم "الزيجوت" وهو الذي يحمل التوجيهات الوراثية من أبويه ليشكل كائناً بشرياً متكاملأ. وبمجرد إتمام هذا التلقيح يفرز "الزيجوت" حاجزاً كيميائياً على سطحه الخارجي يمنع أي حيوان منوي من اختراقه والنفوذ إليه، وبذلك يحتفظ بصفاته الجنينية بأكملها... وأن البويضة المزروعة في رحم المرأة لا يمكن بأي حال تلقيحها مرة أخرى بخلية منوية أخرى، لأن رحم المرأة يعمل فقط كحاضنة للطفل ولا يمكن أن يسهم بأي تكوين جيني ولا يحمل أي احتمالات خلط في الأنساب." انظر: د. طه الحبشي، تأجير الأرحام بين اتجاهات العلم وحمية الدين، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها. ود. إسماعيل برادة، مجرد رأي، جريدة الأهرام المصرية، العدد 41764، 41765، السنة 125، بتاريخ 2011/4/11.

2- ﴿إِنْ أُمَّهُتُّهُمْ إِلَّا الْآئِى وَلَدْنَهُمْ﴾ ﴿٢﴾ ⁽¹⁾ وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ

أُمَّهُتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا.. ﴿٧٨﴾ ⁽²⁾ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا

عَلَى وَهْنٍ وَفَصَّلَهُ.. ﴿٧٩﴾ ⁽³⁾

وجه الدلالة : لا يوجد تعارض بين هذه الآيات وبين إباحة تأجير الرّحم، فالأُمّ الحقيقيّة هي صاحبة البويضة، أما صاحبة الرّحم فهي كالأُمّ بالرضاعة. وإن عملية إنجاب طفل بوساطة استئجار رحم تحظى باحتمالات نجاح أكبر بكثير من عملية إنجاب طفل بوساطة الحمل في رحم منقول من امرأة أخرى إلى الرّوجة (وهي إمكانية العلاج الثّانية). ⁽⁴⁾

رد المانعون لتأجير الرّحم على ذلك بما يأتي:

_ لنفترض جدلاً أن الرّحم هو الوعاء والقرار الذي يستقر به الجنين، فإنّ ذلك لا يعني انعدام تأثر الجنين ببعض الصّفات الوراثية من المرأة الحامل، فمن النّاحية الطّبية، الدم وما يقدمه من الغذاء وما يحمله من الإفرازات، وما يسبح فيه من هرمونات أو سموم، وهو يحيط بخلايا الجسم والخلايا الجرثومية الأصلية لا بد أن يكون له أثره الكبير في الخلايا، إضافة إلى ذلك إنّ التّغيير الذي يصيب الخلايا الجرثومية الأصلية لا يزال محل جدل في المجال الطّبي، والاختبارات

⁽¹⁾ سورة المجادلة، الآية: (2).

⁽²⁾ سورة النحل، الآية: (78).

⁽³⁾ سورة لقمان، الآية: (14).

⁽⁴⁾ د. عبد المعطي البيومي انظر موقعه الخاص المشار إليه سابقاً.

التي أجريت حول هذا الموضوع تميل إلى أن صفات بلازما الخلايا الجرثومية قد تتغير طبقاً للتأثيرات الخارجية.⁽¹⁾

حيث إن الجنين ليس فقط نتاج الكروموزومات الوراثية، بل أصبح من المسلمات الطبية أن الجنين هو نتاج العوامل الوراثية وتفاعلها مع البيئة والظروف المحيطة بمراحل نشأته، وأشد هذه الظروف هي تلك التي يتعرض لها في أثناء وجوده في الرحم، ومن ثم الكروموزومات هي التي تحمل الشفرة الوراثية، فإن ذلك لا يمنع قطعاً تأثير الإنسان بظروف أخرى، فقد أكدت الدراسات الحديثة أن الحمض النووي المحيط بالنواة موجود أيضاً في ستيوبلازم الخلية، وهذا الجزء من الحمض هو شديد التأثير بالمحيط وهو الرحم، ومن ثم يمكن للمرأة المستأجرة أن تضيف بعض الصفات الوراثية للجنين.⁽²⁾

فالرحم ليس مجرد وعاء لاحتواء الجنين بل هو يؤثر في الجنين، فمثلاً الجهاز الشمعي يكتمل نموه عند الجنين في الأسبوع الحادي عشر، وهو يرتبط بدقات قلب أمه فالحمل عبارة عن تفاعل حيوي بين أنسجة الأم والجنين، فمثلاً إذا زاد هرمون الغدة الدرقية في دم الأم الحامل في أثناء الحمل يؤدي إلى اختلاط نشاط الغدة الدرقية للجنين، كذلك إذا أصيبت الحامل بمرض السكر فيتأثر الجنين بذلك، وطبعاً إذا حملت جين أحد الأمراض الوراثية؛ فسيؤثر ذلك

(1) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقانون، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990، ص 437.

(2) د. عبد الفتاح محمد دويدار، الأساس البيولوجي والفيزيولوجي للشخصية، دار العلم للملايين، بيروت، دون تاريخ نشر، ص 50.

في الجنين وسيدوم التأثير بعد الولادة، وستؤثر الأم المستعارة في تكوين الصفات الوراثية للجنين عن طريق (الدنا D.N.A) و (السيتوبلازما) والجهاز المناعي.⁽¹⁾

وإنّ عدم تأثر الجنين وراثياً من رحم الأم المستعارة ليس مؤكداً من الناحية الطبية، وذلك لأنّ الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم، ونمو الجنين لا يعتمد فقط على كروموزومات الأم والأب، بل يتأثر بالبيئة المحيطة، وقد يؤدي سلوك تصرفات معينة إلى التأثير في الجنين وتشويهه كشراب الخمر. كما إنّ الأم المستعارة قد تؤثر سلباً في الجنين بالأمراض الفيروسية المنتقلة عن طريق المشيمة، أو ربما يصاب بالحصبة في أثناء الحمل.⁽²⁾

وقد أكد ابن رشد هذه الحقيقة بقوله: (متى صادف المني الهواء فسد مزاجه، فعلى هذا ينبغي أن يفهم المرء أنّ الرحم قوة مغيرة. ليس لقائل أن يقول إنّ مني الرجل ومني المرأة ليس لواحد منهما هذا الفعل على الانفراد حتى يمتزجا ويختلطا ويصير لهما لون آخر. لكن إن وضح هذا أيضاً فالمازج إذاً لهذين المنين والمعطي لهما هذه الصورة ضرورة المكون بالحقيقة، وليس هاهنا شيء يفعل هذا الفعل، ويلزم أن يكون العضو الفاعل لذلك العضو الذي فيه القدرة المولدة بالحقيقة، فتكون على هذه القوة المولدة إنما هي في الرحم).⁽³⁾

(1) د. يوسف الفرت، قضايا طبية معاصرة ، المرجع السابق، ص38.37.

(2) المرجع السابق، ص38.37.

(3) ابن رشد، الكليات في الطب، من دون مكان نشر، طبعة 1987، ص70.

_ إن الاستدلال بهذه الآيات الكريمة يعد استدلالاً مغلوطاً؛ لأن الاستدلال بهذه الآيات في هذا الموضع غير صحيح. ففي تفسير القرطبي لأحكام القرآن، سورة المرسلات الآيتان (20،21)، التي استدلت بها المبيحون قوله تعالى: " أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِّن مَّاءٍ مَّهِينٍ " أي ضعيف وهو النطفة وهذه الآية أصل لمن قال: إنما خلق الجنين من ماء الرجل "فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ" أي في مكان حريز وهو الرحم، إلى "إِلَى قَدَرٍ مَّعْلُومٍ" وهو الولادة...إلى آخر الآية، وهذا النص دليل قاطع على أن المرأة التي تتمتع بالأمومة الحقيقية هي المرأة التي حملت وولدت. وجاء في تفسير القرطبي: "خَلَقًا مِّن بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ.." (1) أي خلقاً في بطون أمهاتكم بعد خلقكم في ظهر آدم عليه السلام، وقيل في ظهر الأب، ثم خلقاً في بطن الأم، ثم خلقاً بعد الوضع.(2)

والأم بالرضاع هي ليست الأم الحقيقية بل تعدّ أمّاً مجازيّة، فتستحق كل امرأة هذا اللقب بعد إرضاعها لطفل معين ليس ابناً لها، وسميت بهذا الاسم بنص من القرآن الكريم فقال تعالى في محكم التنزيل: "وَأُمّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ" (3) تشير الآية أن هذه الأمّ مقيدة بوصف معين وهو الرضاع فهي الأمّ بسبب الرضاعة.(4)

(1) سورة الزمر، الآية: (6).

(2) تفسير القرآن للقرطبي، الجامع في أحكام القرآن (160.159) .

(3) سورة النساء، الآية: (23).

(4) د. نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، ص207.

ثانياً_ (من السنة):

استدل القائلون بالجواز من السنة النبوية بقول النبي ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ
لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها."⁽¹⁾

أنّه ورد إلى العالم العربي من الغرب قضايا واكتشافات علميّة طبيّة، تعالج حالات ضعف الرّحم، وعدم قدرته على الاحتفاظ بالجنين فترة الحمل فينزل الحمل لأسباب مرضية متعددة كمرض الذئبية الحمراء التي تؤدي إلى وفاة الجنين أو كمرض المرأة الذي يجبرها على استئصال الرّحم، وفي مثل هذه الحالات يكون العلاج إما بنقل رحم جديد للمرأة المريضة أو استئجار رحم امرأة أخرى لتحمل وتلد عنها. وهي بهذا إنما تحقق أمومتها التي ترجوها كل امرأة وزوجة.⁽²⁾

ويرد على ذلك أنّه: لم يظهر لنا وجه الاستدلال من الحديث، فالحديث في مجال آخر غير مجال المستحدثات الطّبية والتقنية!

ثالثاً_ (في القياس):

استدل المبيحون لتأجير الرّحم، بقياس الرّحم على الثدي، حيث الرّحم في حكم الثدي بجامع التغذية. وقد سمى القرآن الكريم المال الذي تأخذه المرضعة مقابل إرضاعها أجرة، سواء أكانت الأم أو لا، فلا بأس أن يسمى المال الذي

⁽¹⁾ سنن أبي داود، كتاب الملاحم، باب ما يذكر في قرن المائة، (480/4)، رقم الحديث: (4291).

⁽²⁾ راجع عبد المعطي البيومي على موقعه.

تأخذه الأم الحاضنة إذا لم تكن متطوعة أجرة، قياساً على الرضاع، فكما يجوز تملك منفعة الثدي يجوز تملك منفعة الرحم.⁽¹⁾ وتتشابه الأم بالرحم مع الأم بالرضاعة لأنها:

1_ لا تعطيه إلاّ الغذاء، ولا تعطيه أي توريث لأي صفة وراثية، فقياس صاحبة الرحم المستأجر على الأم من الرضاعة بجامع ما يأتي: أنّ الله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في المدة اللازمة لهما في قوله تعالى: " وَحَمْلُهُ وَفَصْلُهُ ۖ تَلْثُونَ شَهْرًا " .⁽²⁾ ويرى أصحاب هذا الرأي أنّ الحكمة من أنّ الله جمع بين الرضاعة والحمل في آياته هو توحيد الحكم بينهما لكونهما مصدرًا غذائيًا.⁽³⁾

2_ وجود العلاقة الطردية بين نمو الثدي للحامل ونمو الجنين، فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني، حيث يكون مستعداً ليحل محل الرحم في التغذية عندما يخرج الجنين طفلاً. وعليه فإنّ كان لا جناح في قيام المرأة بالحنو على غير ولدها بالإرضاع، وقد يسند إليها أمر تربيته، عندما ينتقل الطفل من حجر أمه إلى أسرة مرضعة خلال فترة الرضاعة من دون سبب أو علة تمنع الأم الوالدة من القيام بأمر الرضاعة والتربية، فإنّه يصبح من الممكن حلول رحم المرأة محل

(1) قاس الدكتور عبد المعطي البيومي استئجار الأرحام على الرضاع، وأكد عدم التخوف من نزاع الزوجة والأم المستعارة على الطفل، وقال أنّ من تجيش منهما عواطفها وأحاسيسها فهي جديرة بالأمومة، وأصلاً من مصلحة الطفل أنّ تعتني به اثنتان بدلاً من واحدة . راجع رأيه عبد المعطي البيومي على موقعه المذكور سابقاً.

(2) سورة الأحقاف، الآية: (15).

(3) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 287.

صاحبة الرَّحِمِ المعطوب في حمل الجنين لها، وإذا كان انتقال الطِّفْلِ من أسرته إلى أسرة مرضعته في سن مبكر خطراً نظراً للدور الذي يلعبه العامل البشري في تنشئة الطِّفْلِ، فإنَّ الحمل لحساب الغير لا يوجد دوراً مباشراً لهذا العامل على الجنين، لأنَّ الدور في الغالب في فترة الحمل يكون للعوامل الطَّبَّيَّة على الجنين، لأنَّ الدور الغالب في فترة الحمل يكون للعوامل الطَّبَّيَّة التي لا تخضع في عملها لإرادة الإنسان.⁽¹⁾

فإذا كانت الشَّريعة الإسلاميَّة تجيز الرِّضاعة بأجر فإننا نقيس على ذلك عملية الرَّحِمِ البديل لأنَّه يشبه الرِّضاعة بأجر. وإذا كان الحديث الشريف يحكم بأنَّه " يحرم من الرضاع ما يحرم من النَّسب ". فإنَّه يحل باستئجار الأرحام ما يحل بالنَّسب.⁽²⁾

رد المانعون لتأجير الأرحام أنَّ قياس تأجير الرَّحِم على تأجير النَّدي قياس باطل وفاسد،⁽³⁾ وذلك للأسباب الآتية:

أ. إنَّ إباحة الاستئجار للرضاع إنما شرعت للضرورة المتمثلة في الحفاظ على حياة الطِّفْلِ، أما منفعة الرَّحِم فلا ضرورة لمشروعيتها إذ يراد بها إيجاد كائن جديد لا الحفاظ على حياة كائن قد وجد فعلاً، والضرورات التي تبيح المحظورات هي التي تتعلق بهلاك النَّفس أو إتلاف جزء منها، وما جاز

(1) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 287 وما بعدها.

(2) د. عبد المعطي البيومي، المرجع السابق.

(3) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 298.

للضرورة لا يقاس عليه غيره بل يكتفى فيه في مورده؛ لأنَّ الصَّرورة تقدر بقدرها. ومن ثم لا يجوز قياس الأمِّ البديلة على الأمِّ بالرضاع.⁽¹⁾ كما إنَّ تعليل القياس بالجمع بين الحمل والرضاع في آية واحدة غير مسلم، لأنَّ العطف في اللغة يقتضي المغايرة ، فالحمل غير الرضاع، ومن ثمَّ الجمع بينهما غير سديد.⁽²⁾

ب. لا يترتب على الرضاع مفسدة اختلاط الأنساب، لأنَّ نسب الطَّفل ثابت لأبويه من دون شك، أما في تأجير الرِّحم فالشبهة في اختلاط النَّسب قائمة محتملة فلا تساوي في المسألتين. ويمكن للرضيع أن يستغني عن اللبن بالتغذي بالطعام، أما الجنين في الرِّحم فلا يستطيع الاستغناء عن الغذاء الَّذي يصله عبر المشيمة من دم تلك المرأة.⁽³⁾

ج. قياس استئجار الرِّحم على الإرضاع مرفوض لاختلاف تكييف الفعل في الحالتين، فالإرضاع أباحه الله ودل عليه في القرآن وأقرته السَّنة النبوية، أما الاستئجار فهو فعل لم يبحه نص، يل إنَّ مفهوم النصوص حرمة، لأنَّ النَّعَاقِد على محرم لا يجوز، كما أنَّ المرأة لا يجوز لها من حيث الأصل الإقدام على هذا الفعل، لأنَّ الأصل في الأبضاع التَّحريم.⁽⁴⁾

(1) د. هند الخولي، المرجع السابق، ص 289 وما بعدها.

(2) د. عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص 260.

(3) د. هيام السمحاوي، الرِّحم المستأجر، المرجع السابق، ص 160 وما بعدها..

(4) د. عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص 261.

د. إنَّ التَّأْجِيرَ شُرْعٌ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ وَهُوَ تَمْلُكُ الْأَعْيَانِ وَالْمَنَافِعِ مَعًا، وَمَا شُرْعٌ خِلَافًا لِلْأَصْلِ لَا يَتَوَسَّعُ الْقِيَاسُ عَلَيْهِ بَلْ يَقْتَصِرُ فِيهِ عَلَى مُورِدِ النَّصِّ فَكَانَ عَدَمُ جَوَازِ التَّوَسُّعِ بِالْقِيَاسِ عَلَى تَأْجِيرِ الْمَرْضِعِ مِنْ بَابِ أَوَّلَى. وَيُخْرِجُ هَذَا الْقَوْلُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعِلَةَ فِي الرِّضَاعِ هِيَ مُطْلَقُ الْإِنْبَاتِ أَوْ التَّغْذِيَةِ، أَمَّا عَلَى اعْتِبَارِ الْعِلَةِ هِيَ اللَّبَنُ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْمَالِكِيَّةِ وَبَعْضُ الْحَنْفِيَّةِ،⁽¹⁾ فَإِنَّ الْقِيَاسَ يَكُونُ بَاطِلًا لِأَنَّ الْعِلَةَ وَهِيَ (اللَّبَنُ) غَيْرُ مُتَحَقِّقَةٍ فِي الْفَرْعِ فَلَا قِيَاسَ، فَمِنْ شُرُوطِ الْقِيَاسِ أَلَّا يَوْجِدَ فَرْقٌ بَيْنَ الْمَقْيَاسِ الَّذِي هُوَ تَأْجِيرُ الْأَرْحَامِ وَالْمَقْيَاسِ عَلَيْهِ الَّذِي هُوَ تَأْجِيرُ النَّدَى لِلرِّضَاعَةِ. وَبِهَذَا يَخْرُجُ الدَّلِيلُ عَنْ مِيدَانِ الْإِحْتِجَاجِ لِفَسَادِ الْقِيَاسِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

رَابِعاً_ (مِنَ الْقَوَاعِدِ):

استدل القائلون بإباحة تأجير الرّحم بالقواعد الفقهيّة الآتية:

1_ "الأصل في الأشياء الإباحة":

استدل المبيحون لتأجير الرّحم بهذه القاعدة التي تدل على أَنَّ الأصل في الأشياء الإباحة ولا تحريم إلا بنص، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ: "الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْهُ".⁽²⁾ وفي القرآن الكريم عندما تحدث عن الأبضاع والمحرمات من النساء حصر

(1) د. وهبة الزحيلي، الموسوعة الفقهية: (151/92)، الفقه الإسلامي وأدلته: (717/7).

(2) ابن ماجه، كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن، (62/4)، رقم الحديث: (3367).

المحرمات في آيات التّحريم،⁽¹⁾ لم يجعل الأصل التّحريم ولا تحريم إلّا بنص قطعي، فالّتحريم هو الذي يحتاج إلى دليل لا التّحليل،⁽²⁾ فالأصل في الأشياء الإباحة هي من قواعد الفقه الكلية، وهي تصلح هنا دليلاً.

ورد المانعون أنّ قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، إنما مجالها غير الإنسان، لأنّ الإنسان مصون عن الابتذال فهو ليس شيئاً، حتى يكون محلاً للعقود، والمسألة هنا تتعلق بالرحم، فلا يمكن أن نعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأشياء، فالشّيء لا يعدّ مالاً في العرف إلّا إذا كانت له قيمة في الأسواق، وهذا لا يصدق في حق الإنسان وحرمة جسده البشريّ الذي يخرج من نطاق الأشياء. كما أنّ القاعدة الفقهيّة تقول "الأصل في الفروج الحرمة"⁽³⁾ وقول النبي ﷺ: "اتقوا الله في النّساء، فإنّكم أخذتموهنّ بأمانة الله، واستحللتم فروجهنّ بكلمة الله."⁽⁴⁾ ومعنى "استحللتم" أي طلبتم الحل بعقد زواج بعد ما كان محرماً أصلاً. فالبضع لا يحل إلّا بعقد شرعيّ صحيح، فكذلك الرّحم لا يجوز شغله بغير حمل الزّوج، فيبقى على أصل التّحريم.⁽⁵⁾

(1) سورة النساء، الآيةان: (24، 23).

(2) د. عبد المعطي البيومي راجع الرابط المشار إليه سابقاً.

(3) الأصل في الفروج الحرمة: أي الأصل في النكاح الحرمة والحظر، وأبيح لضرورة النسل، ولذلك لم يبيح الله إلّا بإحدى طريقتين: النكاح وملك اليمين، وما عداهما فهو محظور، راجع: محمد صدقي بن أحمد الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، ط4، بيروت 1996، ص199.

(4) صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي، (887/2)، الحديث رقم: (1218).

(5) دار الإفتاء المصرية، الفتوى رقم 2525 حول تأجير الرحم، على الموقع الرسمي لدار الإفتاء

المصرية بتاريخ 2009/8/11، (www.da-alifta.org)

2_ " الحاجة تنزل منزلة الضرورة. " و " الضرورات تبيح المحظورات ": (1)

رأى المباحون أنّ في هذه الحالة يكون استئجار الرّحم من باب التداوي، والتّداوي مشروع عند وجود أسباب طبية غالباً ما تمنع المرأة من الحمل، كأن تولد بدون رحم، أو أن تولد مصابة بتشوّهات أو مرض يجعل الحمل مستحيلاً، أو لمنع انتقال مرض وراثي للطفل من الأمّ البيولوجيّة والرّغبة في الحصول على الولد حاجة وإن كانت لا تعدّ ضرورة فهي من قبيل الحاجة، والحاجة تنزل منزلة الضرورة، كما أن عدم قدرة الرّوجين على الإنجاب يعدّ من باب الضرورة التي أقرها الشّرع. ومن المعلوم أنّ الضرورات تبيح المحظورات. فيجوز استئجار الرّحم إذا كان الطّريق الحل الوحيد للإنجاب وتحقيق رغبة الرّوجين، بشرط أن لا تكون صاحبة الرّحم متزوجة أو بحكم المتزوجة، وثبوت القدرة الصّحية على إتمام الحمل، وإخطار وليها بذلك. (2)

وإذا كان من مبررات تحريم هذا الفعل ما يؤدي إليه من منازعات بين أطرافه يمكن التّغلب عليها عن طريق كتابة عقد تحدد فيه حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف. وإنّ إجازة تأجير الأرحام يعدّ تيسيراً للأمة الإسلاميّة، هذا التّيسير التي تميزت به الشّريعة الإسلاميّة دائماً، وهذه العملية أفضل من التّبنّي، ولا داعي للخوف من هذه العملية لأنّها تستند أصلاً على عقد كفيل بالقضاء على كل المشكلات المستقبلية.

(1) ومعناها: أن الوصول إلى حد الهلاك أو مقارنته، إذا لم تكن للخلوص منه إلا طريق تناول المحرم

شريعاً فإنّه يرخّص تناوله، أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص 69 وما بعدها.

(2) د. عبد الحميد عثمان، المرجع السابق، ص 139.

رد المانعون على ذلك، بالقول إن كون استئجار الرّحم الحل الوحيد لتحقيق رغبة الزّوجين لا يصح، لأنّ هناك من البدائل الأخرى ما يحقق الرّغبة لكل منهما، وهي الزّواج بشخص آخر، كما أنّ اللجوء إلى المحرمات لتحقيق رغبات مباحة ليس إلّا نوعاً من الاعتراض على قضاء الله عز وجل. كما أنّ تقييد الإباحة بشروط محددة ليس إلّا مرغبات تحفيز على القيام بهذه العملية، أو محاولات لإضفاء الصّفة الشرعيّة عليها وإقناع الأفراد بجوازها، ومعلوم أن للشرعية الإسلاميّة ضوابط وأحكاماً خاصة، فليست كل الشّروط مباحة،⁽¹⁾ ويقول النّبي عليه الصلاة والسلام: " المسلمون على شروطهم إلّا شرطاً أحل حراماً أو شرطاً حرم حلالاً."⁽²⁾

كما أنّ الاستدلال بالقواعد الفقهيّة " الأصل في الأشياء الإباحة" والضرورات تبيح المحظورات" استدلال مغلوّط، وذلك للأسباب الآتية :

وردت قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل على التحريم"؛ أنّه وإن كانت هذه القاعدة من أهم القواعد التي يستند إليها الفقهاء في استخراج الأحكام الشرعية لكثير من المسائل لكننا لا نسلم أنّ مسألة تأجير الأرحام ليس فيها دليل تحريم فهو محل نزاع بين الطّرفين ومحل نظر واستدلال. وإذا سلمنا بذلك

(1) د. أحمد لطفي، إتحاف الأنام، المرجع السابق، ص 1014.

(2) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة(528/2)، الحديث رقم:(2154).

فإنّ هذه القاعدة لا يعمل بها على إطلاقها بل تخصص بقاعدة (الأصل في الأَبْضَاعِ التَّحْرِيمُ).⁽¹⁾

إنّ الاعتماد على قاعدة الضّرورة على إطلاقها محل نظر، لأنّ لقاعدة الضّرورة شروطها وضوابطها التي تكفل الوصول إلى التّطبيق الأمثل. فلو سلمنا أنّ تأجير الرّحم يحقق رغبة أكيدة للزوجين في أن يكون لهما طفل، إلّا أنّه بالنّظر الدقيق لهذه المسألة نجد أنّ هناك تعارضاً بين المصالح، حيث إنّ مصلحة الرّوجين التي هي الرّغبة في الإنجاب تتعارض مع مصلحة شرعية هي حرمة التعدي على الأَبْضَاعِ، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى اختلاط الأنساب، والمصلحة الأولى خاصة، والثّانية عامة، وعند التّعارض يجب إهمال المصلحة الخاصة، أي تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. ولو سلمنا أنّ قدرة الرّوجين على الإنجاب تعد من قبيل الداء الذي يستوجب الدّواء، كما نسلم أيضاً أن التداوي أمر مشروع دعا إليه القرآن الكريم ورغب فيه الرّسول عليه الصّلاة والسّلام، إلّا أنّ مشروعية التّداوي ليست على إطلاقها، بل هي مشروطة بكون الدّواء المستخدم في العلاج مباحاً لا حرمه فيه.⁽²⁾ فقد قال النّبي عليه الصّلاة والسّلام: (لكل داءٍ دواءٌ، فإذا أصيب دواء الدّاءِ برأ)⁽³⁾.

وإذا كانت الضّرورات تبيح المحظورات فإنّ سؤالاً مهماً يطرح نفسه وهو ما هي الضّروريات؟ إنّها الضّروريات المتحققة وليست المتوهمة بمعنى أنّ

(1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (717/7).

(2) د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 206.

(3) صحيح مسلم، كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، الحديث رقم: (4201).

الضرورة غير متوافرة في استئجار الرحم لأنَّ الضرورة تتوافر بعد مجيء الولد لحفظه وبقاءه حياً، أما قبل ذلك فليست هناك ضرورة لأنَّ الضرورة بحفظ النفس أو النسل إنما تكون للموجود، أما غير الموجود فليست هناك ضرورة للقيام به من خلال طرق غير معتبرة شرعاً.⁽¹⁾

ولا يقبل القول إنَّ هذا العلم كشفه الله تعالى ليستفيد منه جميع البشر، لأنَّه إذا كان في ذلك مصلحة من جهة فإنَّ هناك إضراراً ومفاسد من جهة أخرى، والمصلحة المعتبرة هي الرَّاحة على المفسدة، أما إذا كانت المفسدة راجحة على المصلحة فينبغي أن تدرأ المفسدة أولاً لأنَّ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.⁽²⁾

ومن قواعد الشريعة الإسلامية أنَّ الضرورة تقدر بقدرها أي القدر الذي يدفع الضرر، ولا يزال الضرر بضرر مثله، فمصدر الشريعة الإسلامية الله سبحانه وتعالى الحكيم العليم الخبير الذي يعلم ما كان وما يكون وما يصلح للعباد، وهو سبحانه منزه عن الأهواء والأغراض لأنَّه ليس بحاجة أحد، ويريد بعباده اليسر ولذلك رفع عنهم المشقة والحرَج فيما أنزل من كتاب وبما أتى به رسوله ﷺ.⁽³⁾

⁽¹⁾ حيدر حسن كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في ضوء الإخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص 91.

⁽²⁾ د. رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 206.

⁽³⁾ المرجع السابق، نفس الموضوع، ص 207.

3_ "الضرر يزال":⁽¹⁾

رأى المبيحون لتأجير الرّحم أنّ المرأة المحرومة من الولد قد نزل ضرر بها، والقاعدة "الضرر يزال" مادام ذلك ممكناً، تحقيقاً لمنفعة المرأة المريضة وزوجها بأن تقرّ أعينهما بنعمة الولد، من دون خوف اختلاط الأنساب لأنّ الرّحم ليس له دور بيولوجي فهو مجرد وعاء لحفظ الجنين، وتغذيته.

ورد المانعون أنّ "الضرر لا يزال بضرر مثله"، ففي تأجير الرّحم إزالة ضرر امرأة تشاق إلى الذرية بإيقاع الضرر على امرأة أخرى، وهنا ضرر امرأة أخرى هي الأمّ البديلة من عدة وجوه:

أ. حرمانها من التمتع بثمرة حملها وولادتها وعنائها، كما يسبب حرمانها من الأمومة عذاباً نفسياً قاسياً وضرراً بالغاً.

ب. كما أنّها لا تخلو من إحدى الحالتين إما تكون متزوجة، أو غير متزوجة، فإذا كانت متزوجة جاء شبهة اختلاط الأنساب، وإذا كانت غير متزوجة عرضت نفسها للقذف ومقالة السوء، وفي ذلك أيضاً ضرر.⁽²⁾

⁽¹⁾ معنى هذه القاعدة: أن الضرر يزال في الشرع إذا كانت إزالته تتييسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، فحينئذ لا يرفع ولا يزال بضرر مثله ولا بما فوقه بالأولى، وهذا يعني أن الضرر يزال بدون ضرر إن أمكن، وإلا أزيل بضرر أقل، راجع محمد الغزي، المرجع السابق، 295.

⁽²⁾ د. عارف علي عارف، الرحم المستأجر، رؤية إسلامية، مجلة إسلامية، السنة الخامسة، العدد 19، 1420هـ، ص 100.

وأخيراً بعد البحث في أدلة المبيحين يتضح ضعف الأدلة التي استندوا عليها، فقد استدلوا بالآيات القرآنية الكريمة في غير موضعها، والقياس على الرضاع قياس مع الفارق، كما أنّ الاستدلال بالقواعد الفقهيّة استدلال غير مُسلّم؛ فقاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الدليل على التّحريم"، فهذا جزء من القاعدة الشّرعية وتكملتها أنّ الأصل في الفروج والدّماء والأموال التّحريم، وقال السيوطي تحت عنوان الأصل في الأبضاع التّحريم : (فإذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة). ولهذا امتنع إذا اختلطت به نسوة تحل له بامرأة محرمة عليه. كما أنّ الاستدلال بقاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة". أيضاً استدلال غير مُسلّم؛ وبالرجوع إلى شرح هذه القاعدة الفقهيّة؛ إنّ المصالح المقصودة للشارع على ثلاث درجات من حيث قوتها: ضروريّة، وحاجيّة، وتحسينيّة، وهذه القاعدة تجعل المصالح الحاجية في حكم المصالح الضّروريّة في إباحة المحظورات تحقيقاً لها سواء أكانت الحاجة عامة أم خاصة، ولكن بشرط أن لا تكون المحظورات أكبر منها أو مثلاً، فإذا كانت أكبر منها لم تبح من أجلها، والضّرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها؛ وهي التي تتعلق بهلاك النّفس أو إتلاف جزء منها، وما جاز للضرورة لا يقاس عليه غيره بل يكفي فيه في موره؛ لأنّ "الضرورة تقدر بقدرها " (1) وتتص القاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" (2) فالضرر واقع على مؤجرة الرّحم لا محالة.

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، (173/1).

(2) السيوطي، المرجع السابق، (1/173/176)، ود. أحمد الكردي، المرجع السابق، ص74.

"وإنَّ المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية ومغزى كونها إضافية أنَّها منافع أو مضار في حال دون حال، وبالنسبة إلى شخص دون شخص أو وقت دون وقت... فكثير من المنافع تكون ضرراً على قوم لا منافع أو تكون ضرراً في وقت أو حال ولا تكون في آخر، وهذا كله بين في كون المصالح والمفاسد مشروعة أو ممنوعة لإقامة هذه الحياة لا لنيل الشهوات، ولو كانت موضوعة لذلك لم يحصل ضرر مع متابعة الأهواء، ولكن ذلك لا يكون فدل على أنَّ المصالح والمفاسد لا تتبع الأهواء".⁽¹⁾ علماً أن للضرورة المعتمدة شرعاً ضوابط لا تتوافر في تأجير الأرحام، أهمها:

_ أن تكون الضرورة داخلة ضمن القواعد التي جاء الشرع لتحقيقها.

_ ألا تؤدي إزالة الضرر إلى ضرر أكبر منه أو إلحاق ضرر بالغير.⁽²⁾

لأنَّ ضابط الضرورة خوف الهلاك أو الضرر الشديد على إحدى الضروريات الخمس، أو للغير يقيناً أو ظناً ما لم يوجد ما يدفع الهلاك أو الضرر الشديد، ومن ضوابطها أن تكون متفقة مع مقاصد الشارع، وأن تكون مستندة إلى قواعد شرعية، وألا يتوقف على إزالتها إلحاق مثلها بغيره، والأهم ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام وحرصه على ثبوت النسب وعدم اختلاط الأنساب.

(1) إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، المرجع السابق، (65/2).

(2) المرجع السابق.

الفقرة -2- استئجار رحم الضرة:

إن هذه الصورة هي إحدى صور التلقيح الصناعي الخارجي التي عرضها مجلس مجمع الفقه الإسلامي، كما قدمنا، واقترحها الشيخ ابن عثيمين في المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عام 1404. وفيها يكون للرجل زوجتان أو أكثر فتؤخذ البويضة من إحدهن، والحيوان المنوي من الرجل ثم تزرع في رحم الزوجة الأخرى وذلك بمحض اختيارها للقيام بهذا الحمل عن ضررتها، عند قيام الحاجة.

ويرى جانب من الفقه جواز زرع اللقحة في رحم زوجة أخرى للرجل "الضرة" للضرورة وعند الحاجة، وينسب الولد في هذه الحالة لصاحبة البويضة المخصبة من زوجها، وهو قول بعض الباحثين المعاصرين.⁽¹⁾ مستندين في ذلك على الأدلة الآتية:

1_ إن هذه العملية لا يوجد فيها اختلاط أنساب، ولا توجد فيها مفسدة من مفسدات الزنا؛ إذ أن الماء للزوج والرحم لامرأة تربطه بها علاقة شرعية، وفي

(1) د. زكريا البري، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الطريحي للتجارة، القاهرة، 1991، ص477. وطارق عبد الله أبو حوة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة المنصورة، 2005، ص251، أشار إليهم: د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص179.

القرآن الكريم حدد موضع الحرث في المرأة، وفي مسألتنا كلتا الزوجتين حرث لصاحب النطفة، ومن ثم فلا مانع من حمل إحداهن لقيحة الأخرى.⁽¹⁾

ورد المانعون على ذلك: إن تعليل الجواز بعدم اختلاط الأنساب وعدم وجود مفسدة من مفسد الزنا لا يكفي كدليل لإباحة هذه الحالة، بل ينبغي المنع من إقامة الدليل على الإباحة، لأنّ الزنا هو ليس الأمر الوحيد المحرم من بين الأشياء المتعلقة بالفروج وإنما يوجد غيره، فهو ليس إلا أحد الأفراد التي شملها أصل التحريم.

والأصل في مشروعية الإجارة الانتفاع بالأعيان غير المملوكة؛ لرفع الحرج والمشقة عن لا يملكون الأعيان بالحصول على منفعتها بالأجرة وليست الأبضاع، ولا الأرحام مما يملك، أو تباع منفعتها، لأنّ الإجارة في معناها بيع منفعة، والأبضاع والأرحام لا تباع فلا تستأجر، ولا تملك المنفعة، ولا تحاز فلا تجوز. ثم إنّ شروط الإجارة لا تتحقق في استئجار الأرحام، ذلك أنّ من شروط انعقاد الإجارة على المنفعة أن تقع الإجارة عليها لا على استهلاك العين، وأن تكون المنفعة متقومة، لها قيمة مالية مقصودة الاستيفاء بالعقد، والأرحام ليست متقومة، وأن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء، والقدرة على استيفائها حقيقةً وشرعاً، وهذه غير مقدور على استيفائها، فلا الحمل مضمون، ولا الولادة مضمونة، ولا هي شرعية بهذا الشكل. كما يشترط في المنفعة المعقود عليها أن تكون معلومة علماً ينفي الجهالة المفضية للنزاع، وهي هنا مجهولة، ومفضية

(1) زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة، المرجع السابق، ص 176 وما بعدها.

إلى نزاع، بل قد وقع فعلاً إلى غير ذلك من تفاصيل وجميعها يبين، ويؤكد عدم مشروعية استئجار الأرحام؛ لأنّ ما لا يجوز بيعه لا تجوز إجارته، والأرحام لا يجوز بيعها، فلا تجوز إجارته.⁽¹⁾

2_ إنّ استئجار رحم الصّرة ضمان للتآلف القلبي بين الزوجين، لأنّ الطّفل سيربط بين الزوج وزوجتيه أكثر ولا تشعر كل من الزوجتين بفقد طفلها لأنّهما تعيشان في عائلة واحدة في ظل زواج واحد.⁽²⁾ ويمكن التغلب على النزاعات والخلافات التي تنشأ عن طريق العقد الذي يتم بين صاحبة البويضة وصاحبة الرحم والذي توضح فيها كل الإجراءات والأمور التي تم الاتفاق عليها والواجب اتباعها.

ورد المانعون على ذلك: أنّه من ناحية الواقع فالأمر يختلف تماماً؛ لأنّ غريزة الأمومة التي وضعها الله تعالى في المرأة كفيلة بجعل المرأة تضحي بكل شيء في سبيل الحصول عليها، وشعور المرأتين أنّ كل واحدة منهما شاركت في تكوين الطّفل يجعلها تشعر بأنّها هي الأمّ الحقيقيّة، الأمر الذي يؤدي إلى النزاع والخلاف.⁽³⁾

فقد قرر الفقهاء أنّ هذه العملية تؤدي إلى مفاصد تفوق ما فيه من مصالح، إذ تؤدي إلى نزاعات وخلافات، وكل ما أدى إلى النزاع والشقاق كان حراماً. ولا

(1) مناقشات قرار مجمع الفقه الإسلامي (386 / 1)

(2) د. عارف علي عارف، الأم البديلة، المرجع السابق، ص 99 و ما بعدها.

(3) د. سعيد عبد العزيز الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي، المرجع السابق، 367/1.

يجوز التذرع بتحقيق رغبة المرأة التي لا تستطيع الإنجاب لعيب في رحمها، لأن الرغبة الجديرة بالاعتبار هي رغبة من يصلح لأداء دوره الإيجابي ولو بالعلاج أو التلقيح الصناعي من دون حاجة إلى تدخل غيره لمساعدته أو القيام مقامه بهذا الدور، مع ملاحظة أن الرغبة إذا تعارضت مع محظور شرعي فإن اتباع الشرع أولى. (1)

ويتضح مما سبق أن عدم إجازة الحمل عن طريق تأجير الرحم سواء أكانت صاحبة أجنبية أم زوجة أخرى، لأن حق صاحبة الرحم المستأجر قاصر على الانتفاع به فقط، وليس حق منفعة، وحق قاصر على صاحبه، ولا يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه، وهذا ما ذهبت إليه المجامع الفقهية والعلمية. فهذا الرأي يعدّ ضعيفاً، لأنه يخالف ما قرره الجمهور بحرمة هذا التصرف. (2)

وترى الدكتورة هند الخولي: (3) أن الرأي الأقرب للصواب هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين، وقررت المجامع الفقهية، وهو تحريم تأجير الأرحام بمختلف صورته، وذلك لحجة أدلة الجمهور وقوتها في المنع وعدم قيام معارض قوي يقوى على ردها، فضلاً عن ضعف أدلة القائلين بالجواز وتعرضها للانتقادات، وعلى الخصوص الدليل القائم على القياس حيث تبين أن القياس فاسد فلا يعتمد عليه.

(1) د. محمود مهران، الأحكام الشرعية والقانونية، المرجع السابق، ص 595.

(2) د. هيام السمحاوي، المرجع السابق، ص 183.

(3) د. هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 239.

وبالنسبة لي، أرجح الرأي الذي يمنع تأجير الرّحم، وهو رأي المجامع الفقهيّة التي عملت جاهدة بما تضم من خيرة المفكرين لتقصي الحقائق حول نوازل هذا العصر!! ومنها موضوع بحثنا تأجير الأرحام. فقد لعبت هذه المجامع والمنظمات دوراً كبيراً ليس فقط في توجيه الفتاوى المتعلقة بهذه القضايا المهمة، ولكن في محاولة استقصاء الآراء الممكنة لدى المختصين والخبراء، ومحاولة جمع الكلمة حول رأي معتمد عليه في كل مسألة. كما أن هذه الجهود لا تزال المصدر الرئيس الذي يعتمد عليه القضاء في معظم دول العالم الإسلامي وخاصة في حالات الفراغ التشريعي.

ولا يخفى عنا قول العلامة البوطي، رحمه الله، أن: "الأمومة لا تتجزأ"؛ حيث تتألف الأمومة من كون المرأة هي صاحبة البويضة، وهي صاحبة الرّحم الذي ترعرع الجنين فيه، فليس عبثاً إناطة البيان الإلهي، أمومة الأم، بتنامي الجنين في بطنها أي في رحمها، فقد جعل الأمومة أثراً لحمل البطن....⁽¹⁾

فكيف لنا أن نجزأ الأمومة بين امرأة تحمل وامرأة يقتصر دورها على إفراز البويضة!! فهنا تضيق الأمومة التي هي أسمى الغرائز التي وضعها الله في المرأة. كما أنّ الشريعة الإسلامية بقواعدها الثابتة لا تقبل أن يكون رحم الأنثى سلعة تؤجر، لأنها جزء من الإنسان المعصوم إضافة إلى أنّ الله قد خص كل عضو من أعضاء الإنسان بوظيفة لإتمام كمال النشاط الجسدي. ولا نستطيع الفصل بين الرّحم وجسد المرأة أو الكيان الأنثوي للمرأة، لأنّ قيمة الإنسان تكمن

(1) د. رمضان سعيد البوطي، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

في أنّه لا يقبل التّجزئة حتى لا تسري عليه قواعد الأشياء، واحتراماً لهذا المبدأ تضع الشّريعة الإسلاميّة قواعد وضوابط على كل حكم شرعي حتى لا يهدر جانب على حساب آخر، ومن أصول الشّريعة حفظ العرض، الّذي من ثوابت تكوين الأسرة ومنع اختلاط الأنساب، فينبغي توافر ضوابط شديدة على تقنيات الإنجاب الصّناعي، حفظاً للأنساب والّتي هي من ضرورات ديننا الحنيف.

ولم يحرم علينا الإسلام التداوي والعلاج من الأمراض ومنها "العقم"، ولكن يجب أن يتم ذلك بطريقة مشروعة. فما علينا إلّا أن نأتمر بما أمرنا به نبينا عليه السلام بالبعد عن الشّبهات حتى لا يقع المسلم فيما هو محظور عليه بقوله عليه السلام: "إنّ الحلال بيّن وإنّ الحرام بيّن وبينهما أمور متشابهات لا يعلمهن كثير من النّاس فمن اتقى الشّبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشّبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ألا أنّ لكل ملك حمى ألا أنّ حمى الله محارمه ألا أنّ في الجسد مضغه إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب".

يستخلص مما تقدم أنّ هناك اختلافاً كبيراً في الفقه وفي القانون حول مدى مشروعية تأجير الرّحم، وانعكس هذا الخلاف في الكثير من الدّول على قرارات المحاكم. وتبين لنا من خلال ما استعرضنا في هذا الباب أن بعض القوانين تجيز تأجير الرّحم، وبعضها الآخر تمنع ذلك. وبالنسبة إلى القوانين الّتي تجيز ذلك، بينت بعضها الآثار القانونيّة الّتي تترتب على ذلك، وبعضها الآخر سكّنت عن ذلك. كما أنّه على الرّغم من أنّ قوانين أخرى تمنع تأجير الرّحم،

إلا أنّ الواقع العملي بين أن الأفراد بتلك الدول يلجؤون إلى هذه التقنية على الرغم من حظرها قانوناً إما في الدولة ذاتها، ويكون ذلك سراً، أو بالسفر إلى دول أخرى تبيح مثل هذا العقد. والسؤال الذي يثور مفاده ما هي الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا العقد؟ هذا ما سننبيه في الباب الثاني من هذه الرسالة.

الباب الثاني

آثار عقد تأجير الرّحم

تمهيد:

أثر العقد هو إنشاء الالتزام أو الحق العيني،⁽¹⁾ فإذا ما توافرت في العقد أركانه، وتحققت شروط صحته، وجب على المتعاقدين تنفيذ ما فرضه عليهم من التزامات.⁽²⁾ أما أثر الالتزام يتمثل في وجوب تنفيذه،⁽³⁾ فهذا هو الأثر الطبيعي للالتزام، فالالتزام ما وجد إلا لينفذ. وتنفيذ الالتزام قد يكون طواعيةً واختياراً من المدين وقد يكون جبراً عليه. إذ لا يعدّ المتعاقد مسؤولاً عن التعويض عن عدم تنفيذ العقد تجاه المتعاقد الآخر، إذا كان العقد باطلاً منذ تكوينه، فالمسؤولية العقدية لا محل لها إلا إذا كان العقد صحيحاً.⁽⁴⁾ وبمجرد أن ينشأ العقد صحيحاً تصبح له قوة ملزمة. وتقتصر هذه القوة من حيث المبدأ على المتعاقدين، وعلى ما تضمنه العقد من ناحية أخرى.⁽⁵⁾

وفي مجال عقد تأجير الرّحم، قننت معظم الدول عمليات تأجير الأرحام، مما أدى إلى اقتران انتشارها ببعض المشكلات القانونية المتولدة عن الروابط

(1) د. وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص250.

(2) المرجع السابق، ص251.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، فقرة 380.

(4) د. وحيد سوار، المرجع السابق، ص244-250.

(5) د. فواز صالح، آثار العقد، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الخامس، الطبعة الأولى 2010، ص182. للاستزادة انظر: د. فواز صالح، القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، جامعة دمشق، 2011 - 2012.

القانونية بين أطراف العلاقة التي تستلزم، على الأقل، مشاركة ثلاثة أطراف فيها.

وفي الواقع أدى تنفيذ عقد تأجير الرحم إلى نشوء مشكلات عديدة وصل بعضها إلى المحاكم. ومن أمثلة المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف، التنازع على النسب بين الأطراف المتعاقدة، فقد تتمسك الأم البديلة بالطفل المولود، وبذلك تمتنع عن تنفيذ التزامها بتسليمه بعد ولادته مباشرة. كما أن الأم البيولوجية للطفل، لأنها لم تلد الطفل، قد تلجأ إلى القضاء بطلب تبني كي يكون الطفل ابناً لها بطريقة رسمية.

وقد يحدث التنازع والخلاف حول تنفيذ بنود عقد تأجير الرحم، فقد تمتنع الأم البديلة عن تنفيذ التزامها بتسليم الطفل نتيجة امتناع الأبوين عن تسليم ما تبقى من المقابل المادي للعملية، والذي قد يكون راجعاً إلى عدم تنفيذ الأم البديلة لبنود العقد بالتعليمات المتعلقة بصحة الأم والمؤثرة في صحة الجنين. ومن ناحية أخرى قد يرفض الأبوان البيولوجيان تسليم الطفل نتيجة عدم قدومه بالشكل الذي كانا يتوقعانه أو يرغبانه كما لو ولد مشوهاً أو ناقصاً من الناحية الخلقية أو ليس جميلاً كما توقعوا.

ولقد بات واضحاً أنه لم يكن للمشرع أن يحصر هذه المشكلات أو يجسدها كلها عند سنه للقواعد القانونية المنظمة لتلك العقود التي لم يسبق لها مثيل، الأمر الذي جعل من الصعب استيعاب هذه العلاقة في قالب عقدي محدد لما ترتبه هذه الممارسات من آثار لا تكون متوافقة مع أحكام نظرية العقد ومبادئ

القانون، مما يبطل هذا الاتفاق، وهذا ما سنته بعض القوانين وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي، الذي قرر بطلان هذا الاتفاق، كما قدمنا.

وسوف نبحت في الآثار المترتبة على عقد تأجير الرّحم بالنّسبة إلى طرفي العقد وهما، الآباء المفوضون (أو المعنيون) الذين طلبوا إجراء عملية استئجار الرّحم، والأمّ البديلة، أما الطّبيب الذي قام بهذه العملية فلن يتم التّطرق إليه. فهو طرف في العملية منذ إجرائها وحتى إنهاؤها، أما الآثار التي يربّتها عقد تأجير الرّحم فهو ليس طرفاً في العقد أصلاً، وثمّ نبحت في آثار هذا العقد بالنّسبة إلى الطّفل، وعلى نحو خاص مسألة تحديد نسب الطّفل المولود كونها المشكلة الأهم سواء بالنّسبة إلى الدّول التي تعترف بمشروعية هذا العقد أم التي تقرر بطلانه هذا على حد سواء.

وبناء على ما سبق سوف أقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأوّل: آثار عقد تأجير الرّحم بالنّسبة إلى المتعاقدين.

الفصل الثّاني: آثار عقد تأجير الرّحم بالنّسبة إلى المولود.

الفصل الأول

آثار عقد تأجير الرّحم بالنّسبة إلى المتعاقدين

تمهيد:

حاولت بعض القوانين، التي أباحت عقد تأجير الرّحم، إحاطة هذا الاتفاق بإطار قانوني، وتحديد حقوق والتزامات كل طرف فيه، بينما سكنت قوانين أخرى عن ذلك مكتفية بإباحة هذا العقد، وتحديد نسب الطّفل المولود من جراء هذا الاتفاق. فعندما يتم اللجوء إلى عقد تأجير الرّحم فإنّه يتم بصورة شفوية أو بموجب عقد مكتوب يحدد التزامات كل طرف فيه. إذ يلقي عقد تأجير الرّحم، متى انعقد صحيحاً، التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، فالمرأة مؤجرة الرّحم "الأمّ البديلة" تلتزم بالسّماح بزرع البويضة المخصبة في رحمها، والعناية بالجنين خلال فترة الحمل، وتسليم المولود عند الوضع، في حين يلتزم الطّرف الآخر بالقيام بما يلزم للحصول على البويضة المخصبة بعد تخصيبها مخبرياً، وتحمل النفقات المترتبة على الحمل والولادة، ودفع الأجر وتسلم المولود عند الولادة. فلا يستطيع أي طرف أن يفسخ العقد أو يتراجع من دون سبب مذكور في العقد.

وبالمقابل وقفت معظم القوانين، التي حرمت عقد تأجير الرّحم، عند حد تحريمه من دون أن تعالج ما يترتب على هذا العقد وما يتولد عنه من

التزامات. إذ أنّ حرمة الشيء لا تمنع من البحث عن حكم آثار هذا الشيء المحرم إذا وقع فعلاً.

وبناء على ذلك سوف نبحث في هذا الفصل آثار عقد تأجير الرّحم بالنّسبة إلى المتعاقدين في مبحثين:

المبحث الأول: آثار عقد تأجير الرّحم في القوانين التي تحرمه.

المبحث الثاني: آثار عقد تأجير الرّحم في القوانين التي تبيحه.

المبحث الأول

آثار عقد تأجير الرّحم في القوانين التي تحرمه

تمهيد:

ليس هناك ما يردع من لديه الرّغبة الجامحة في تحقيق غريزة الأبوة أو الأمومة، من مخالفة القوانين التي تُحرم عقد تأجير الرّحم، والدّخول في مثل هذه العقود من دون أن يأبه بما ينتج عن مثل هذه العقود من مشكلات قانونية أو أخلاقية.

فإذا ما حصل تأجير الرّحم فعلاً خلافاً للقانون، فكيف نعالج آثار هذا العقد التي قد أصبحت واقعاً لا يمكننا تجاهلها؟ فعلى سبيل المثال لا يترتب على الزّواج الباطل أي أثر من آثار الزّواج الصّحيح، ولا ينشأ عنه التزام ما من قبل أحد الطرفين نحو الآخر، بل يعدّه المشرع كأنه غير موجود، سواء قبل الدّخول أم بعده،⁽¹⁾ أما عقد الزّواج الفاسد، فلا أثر له قبل الدّخول وحكمه وجوب التفريق بين الزّوجين،⁽²⁾ أما بعد الدّخول فيرتب بعض الآثار ويجب التفريق

(1) راجع: المادة (50/3) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 4 لعام 2019، إذا جاء فيها: "لا يترتب على الزّواج الباطل أي أثر ولو حصل فيه دخول إلاّ إذا ثبت أنّ العاقد لم يكن يعلم بالبطان وسببه فتسري عليه آثار الزّواج الفاسد."

(2) راجع: المادة (51/1) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 4 لعام 2019، إذا جاء فيها: "لا يترتب على الزواج الفاسد أي أثر قبل الدخول ويعدّ في حكم الباطل."

أيضاً بين الزوجين، ومنها: المهر، والنسب ووجوب العدة، والنفقة.⁽¹⁾ وكذلك الأمر بالنسبة إلى عقد تأجير الرّحم، إذ يعدّ باطلاً في بعض القوانين الوضعيّة، فينبغي معالجة آثار هذا العقد إذا قام أطراف العقد بتنفيذ التزاماتهم وأصبحنا أمام طفل يجب تسلميه!

لذا سوف أبين أثر بطلان عقد تأجير الرّحم في التزامات المتعاقدين في القانون الوضعي(المطلب الأوّل) وفي الشريعة الإسلاميّة(المطلب الثاني)

(1) هذا ما نصت عليه المادة (51/2) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 4 لعام 2019، إذ جاء فيها: " يترتب عليه بعد الدخول النتائج الآتية: أ/ المهر: في الحد الأدنى من مهر المثل والمسمى. ب/ ثبوت نسب الأولاد. ج/ حرمة المصاهرة. د/ وجوب العدة عقب الفراق رضائياً أو قضائياً أو بعد الموت. هـ/ وجب نفقة العدة. و/ وجوب النفقة الزوجية إن كانت الزوجة تجهل فساد العقد". ز/ لا توارث بين الزوجين."

المطلب الأول

أثر بطلان عقد تأجير الرّحم في التزامات المتعاقدين في القانون

الوضعي

يُعرف البطلان بأنّه: عدم اكتساب العقد الوجود الاعتباري بنظر القانون، فهو جزء يفرض إما نتيجة تخلف ركن من أركان العقد، كالرضا أو المحل أو السبب أو الشّكل في العقود الشّكلية أو التسليم في العقود العينية، وإما نتيجة اختلال ركن من أركانه، كعدم مشروعية الباعث أو عدم مشروعية المحل أو عدم تعيينه أو استحالته، أو بموجب نص قانوني يقرر بطلان العقد على الرّغم من توافر أركان انعقاده.⁽¹⁾ ومثال ذلك نص المادة (16) من النّقنين المدنيّ الفرنسيّ التي تقرر بطلان عقد تأجير الرّحم، فكل اتفاق على الإنجاب أو الحمل نيابة عن الغير يعد باطلاً، والبطلان هنا، كما قدمنا، بطلان مطلق يتعلق بالنّظام العام الفرنسيّ.

حيث إنّ العقد الباطل معدوم لا يرتب أي التزامات على عاتق طرفيه، ولا يمكن إجازته لأنّ البطلان من النّظام العام، وهذا ما أكدته المادة (142) من القانون المدنيّ السّوريّ عندما نصت على أنّ البطلان لا يزول بالإجازة،

(1) د. فواز صالح، الإبطال والبطلان في القانون الخاص، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الخامس، الطبعة الأولى 2010، ص 174.

فالبطلان كقاعدة عامة له أثر رجعي، أي أنّ البطلان يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.⁽¹⁾

وفي الحقيقة لا يمكن تطبيق هذه القاعدة على عقد تأجير الرّحم، إذ يكاد يكون مستحيلاً، إذ تكمن الصعوبة أنّ آثار هذا العقد أصبحت حقيقة واقعية لا يمكن إزالتها.

وهنا يثور التساؤل ماذا لو حصل هذا العقد بصورة سرّية في الدّولة التي تحرم هذا العقد؟ أو أبرم هذا العقد في الخارج في إحدى الدّول التي تبيح هذا العقد؟ فكيف لنا أن نعالج آثاره؟ سوف أبين ذلك وفق ما يأتي:

الفقرة - 1 - إبرام عقد تأجير الرّحم بصورة سرّية :

بدأ عقد تأجير الرّحم يغزو الكثير من الدّول الشّرقية من خلال قيام بعض مراكز التّخصيب وأطفال الأنابيب بهذه العمليات في الخفاء، أو من خلال التّرويج لها على مواقع التّواصل الاجتماعي، التي يتم من خلال الإعلان عن استعداد سيدات لتأجير أرحامهن مقابل الحصول على مبلغ معين من المال، على أن يتم تحديد المبلغ حسب الحالة المادية لأطراف العقد. لذا فإنّ العديد

(1) طبقاً لما جاء في المادة (143) الفقرة الأولى من القانون المدني السوري: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وقرر بطلانه يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليه قبل العقد."

من الأزواج ممن لم يرزقوا بالأطفال يلجؤون إلى هذه الطريقة على الرغم من تحريمها في بلادهم.⁽¹⁾

وقد سكت معظم القوانين الوضعيّة عن معالجة آثار عقد تأجير الرّحم فيما لو حدث فعلاً، وعلى نحو خاصّ المشرع السّوريّ، إذ وقف عند حدّ تحريم هذا العقد من دون أن يعالج آثاره. فما الذي يمنع مراكز أطفال الأنابيب من زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أجنبية بدلاً من رحم الزّوجة.

بينما نجد أنّ المشرع الفرنسيّ وضع حداً للاحتيال على أحكام القانون الذي يمنع عقد تأجير الرّحم في فرنسا، وذلك، كما قدمنا، بتعديل أحكام المادة (339) من القانون المدنيّ، حيث أجاز التّعديل للنيابة العامة الاعتراض على الإقرار الأبويّ عندما يتمّ الاحتيال على قواعد التّبني في القانون الفرنسيّ.

إذ قام العديد من الأزواج في فرنسا بإبرام اتفاق سري بين الزّوجين أو الخليلين وبين الأمّ البديلة، وعند الولادة يقوم الزّوج بإقرار نسب المولود كولد طبيعي، ومن ثمّ بعد ذلك تقوم الزّوجة بتبني هذا المولود. محاولين الاحتيال

(1) فهاهي سيدة مصرية تبلغ من العمر 29 عاماً تنشر إعلاناً برغبتها بتأجير رحمها لمن يرغب بالإنجاب مقابل ميل 25 ألف دولاراً شهرياً، ونفقة شهرية في أثناء الحمل. وذلك إعلان في إحدى الجرائد اللبنانية: "مطلوب امرأة بين الـ 25 و 35 ومتزوجة ولها أولاد لحمل طفل أنبوب، وذلك مقابل ألف دولار أمريكي شهرياً خلال الحمل، وآلفان عند الوضع .. راجع الروابط الآتية:

(www.Alarabiya.net/articales/2007/03/06) (aharchives.alhayat.com/issue-archive/hayat%20INT/2003/11/29)

على الأحكام التي تمنع عقود الأمومة بالإنابة، واللجوء إلى خدمات الأم البديلة في فرنسا.

وتثور التساؤلات حول آثار هذا العقد الباطل: هل تُسلم مؤجرة الرّحم الطّفل فور ولادته، أم هل تستطيع الاحتفاظ بالمولود ونسبته إليها كأمّ له من النّاحية القانونيّة؟ ومن ثمّ إن لم تقم بتسليم المولود هل يمكن إدانتها؟ أم هل يمكن الحكم عليها بالتعويض إذا لم تقم بتسليمه؟

أولاً- تسليم الطّفل:

بما أنّ عقد تأجير الرّحم يعدّ باطلاً في بعض القوانين، ومنها القانون الفرنسيّ والسّوريّ، فلا يُرتب هذا العقد أيّ التزامات على عاتق المرأة صاحبة الرّحم، فلا تتحمل أيّ مسؤولية على إخلالها بالتزامها سواء رفضت من البداية زرع البويضة المخصبة في رحمها، أو قبلت بزرعها في رحمها ورفضت تسليم الطّفل بعد ولادته. ولكن ماذا لو قصرت بالعناية في نفسها فولد الطّفل مشوهاً؟

تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدنيّ يمكن للطفل الذي أصيب في بطن أمه بخطأ منها أو من الغير أن يطالب بعد ولادته، بالتّعويض عن الضّرر الذي أصابه، وقد اعتنقت محكمة استئناف "تولوز" هذا على أساس أنّ الجنين له كل صفات الكائن البشري منذ اللحظات الأولى للحمل،⁽¹⁾ وهذا ما أيدته

(1) أشار إلى ذلك: د. محمد زهرة، الإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص329.

اللجنة الاستشارية الوطنية لأخلاقيات الطب في فرنسا في رأي لها جاء فيه: أن الجنين هو كائن بشري محتمل يفترض احترامه على الجميع.⁽¹⁾

كما نصت المادة (16) من التّنين المدنيّ الفرنسيّ، التي أضافتها المادة الثّانية من قانون رقم 49-653 الصّادر بتاريخ 1994/7/29، على احترام الكائن البشري منذ بدء حياته، فكان هدف المشرع حماية الجنين من دون أن يثبت في النّظام القانوني له.⁽²⁾

إذ ضمن المشرع الفرنسيّ في المادة (16) آفة الذكر المبدأ ذاته الذي تضمنته المادة الأولى من القانون الصّادر في 1975/1/17، والمتعلق بالوقف الإرادي للحمل، والذي يضمن احترام الكائن البشري منذ بدء حياته. ولكن مبدأ احترام الكائن البشري لا يضمن إلا الجنين المستكن في رحم أمه، أما فيما يتعلق بالجنين في أنبوب فلا يشمل هذا المبدأ.⁽³⁾

(1) وقد عبرت اللجنة عن رأيها في 1984/5/22 حول أخذ أنسجة من الأجنة البشرية الميئة لأغراض علاجية، وبيّنت أن استخدام الأجنة يثير مشكلات عديدة، وبصورة خاصة فيما يتعلق بوقف الحمل لأنه من الملائم أن نتجنب ألا يشكل استخدامه سبباً شرعياً للإجهاض. وفي رأي آخر لهذه اللجنة، المتعلق بالبحوث العلمية واستخدام الأجنة البشرية المستكنة في الأنابيب لأغراض طبية وعلمية، ذهبت أنه يجب أن يثار، وقت التلقيح، مبدأ احترام الكائن البشري الذي سيلد. انظر:

l'être humain, in le droit de Jean-Marc ROUX, Un sujet toujours en quête de son personnage la biologie humaine, Vieux débats, nouveaux enjeux, édition Ellipses, 2000,p;15.

أشار إلى هذا المرجع: د. فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، المرجع السابق، 178 هامش(2).

(2) المرجع السابق، ص35-38.

(3) المرجع السابق، ص35 وما بعدها.

فلم توفر معظم التشريعات للجنين خارج الرحم الحماية القانونية اللازمة لإمالة الأذى عنه، فهي من الموضوعات الجديدة التي يختلف فيها الرأي وتثور حولها تساؤلات عديدة، ومن غير العدل أن يترك أطفال الأنابيب من دون حماية قانونية من أي اعتداء يقع عليها بالإتلاف، لأنها أصلاً أجنة بشرية، ولأنّ إعادة زراعتها في الرحم سيؤدي إلى ولادة إنسان آدمي يتمتع بالحماية القانونية.

ويعتقد بعض الفقه أنّه من الضروري أن يتدخل المشرع وينص صراحة على تجريم إتلاف البويضة المخصبة حتى لو كانت لا تزال في أنبوبة خارج رحم المرأة، وعد هذا الفعل مكوناً لجريمة الإجهاض إذا توافرت باقي أركانها.⁽¹⁾ لذا فإنّ الحاجة تدعو إلى تدخل المشرع لتجريم الاعتداء على اللقائح المخصبة خارج الرحم لحرمتها وتزايد اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح كوسيلة طبية وعلاجية فاعلة في معالجة أمراض القصور في خصوبة الزوجين أو أحدهما.⁽²⁾

وفي الواقع لا تتور الإشكالية إذا كان البتلان في مرحلة ما قبل القيام بالعملية، ولكن في حالة الشروع في تنفيذ عقد تأجير الرحم وزرع البويضة المخصبة في رحم المرأة، أي إذا نفذت المرأة صاحبة الرحم التزامها وقبلت بزرع البويضة المخصبة في رحمها، فهل يمكن القول بالقضاء على آثار العقد،

(1) د. حسام محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 1990، ص 263.

(2) د. صالح البشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 24.

بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وإسقاط الجنين؟ لذا ينبغي أن أعرف الإجهاض ومن ثم أبين أحكامه.

1_ تعريف الإجهاض:

يقتضي التعريف بالإجهاض بيان معناه لغةً، ومن ثم تحديد تعريفه في الاصطلاح الفقهي والقانوني، وتوضيح مفهومه طبيًا.

أ. الإجهاض لغةً:

الإجهاض من الفعل جهض: يقال أجهض إجهاضاً أو جهض، بمعنى المرأة أسقطت حملها، ومنه أجهضت الناقة إذا ألقت ولدها فهي مجهض. ويقال: أجهضت الحامل، أي ألقت ولدها لغير تمام، فهي مجهضة ومجهض والجمع مجاهيض، والولد مجهض.⁽¹⁾ وتكاد تلتقي كتب اللغة في تعريفها للإجهاض على أنه يتناول ما ألقت المرأة ناقص الخلق أو تام الخلق ميتاً أو ناقص المدة سواء أكان الإلقاء بفعل فاعل أو تلقائياً. ولالإجهاض مترادفات كثيرة كالإسقاط والإلقاء والطرح والإملاص.⁽²⁾

(1) لسان العرب، لابن منظور، المرجع السابق، مادة (جهض)، ج2، ص104.

(2) لسان العرب، المرجع السابق، والمعجم الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص144. والقاموس المحيط، المرجع السابق، ج2، ط1، ص326، والمصباح المنير في غريب شرح الكثير، المرجع السابق مادة (جهض).

ب. الإجهاض في الاصطلاح الفقهي:

لم يبتعد الفقهاء في تعريفهم للإجهاض عما ورد في كتب اللغة، وإن كانوا يستعملون كلمة الإسقاط، أحياناً، بدل الإجهاض.⁽¹⁾ فالإجهاض إذن هو إلقاء المرأة جنينها ميتاً سواء أتم خلقه أم لم يتم؟ نفخت فيه الروح أو لم تتفخ.⁽²⁾ أو انفصال الجنين عن بطانة رحم الأم وسقوطه خارج الرحم.⁽³⁾

ج. تعريف الإجهاض قانوناً:

هو إنهاء حالة الحمل قصداً قبل موعد ولادته الطبيعيّة سواء بإخراج الجنين من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي حتى لو خرج حياً، أو بقتل الجنين داخل رحم أمه.⁽⁴⁾ لأنّ إخراجهم قبل موعد ولادته يؤدي غالباً إلى موته، ويستبعد هذا التعريف من نطاق الإجهاض حالة ما إذا خرج الجنين من الرحم بطريقة تلقائية أي نتيجة تقلصات الرحم، حياً أو ميتاً وهو ما يعرف بالولادة "المبتسرة".⁽⁵⁾

(1) السقط هو الولد ذكر أو أنثى يسقط قبل تمامه وهو يشبه الخلق، المصباح المنير، المرجع السابق.

(2) موسوعة عمر بن عبد العزيز قلعي، محمد رواس، دار النقاش للطباعة والنشر، بيروت 2005، ص21.

(3) د. منذر طبيب البرزنجي، أطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص139.

(4) د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات الأردني، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، ط1، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان 2002، ص177.

(5) د. كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الإنسان، شرح قانون العقوبات الأردني، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1988، ص 261 وما بعدها.

د. تعريف الإجهاض في الطب:

عرف الأطباء الإجهاض بأنه انقذاف محصول الحمل قبل أن يكون قابلاً للحياة،⁽¹⁾ ويقصد بمحصول الحمل أي محتوياته في أثناء الحمل أي الجنين وملحقاته. أو هو إخراج ثمرة الحمل قبل أوانها، ويعدّ إجهاضاً حتى لو كان الجنين غير قابل للحياة. وعبر عنه بعضهم بقوله: هو خروج محتويات الحمل قبل الولادة الطبيعيّة.⁽²⁾

2_ أحكام الإجهاض:

تباينت التشريعات والآراء الفقهيّة حول تحديد بدء حياة الجنين، فهناك من يرى أنّها تبدأ بعد نفخ الرّوح،⁽³⁾ وفريق يرى أنّها تبدأ من لحظة العلق،⁽⁴⁾ وفريق ثالث يرى أنّ الحياة تبدأ من لحظة التّخصيب.

فيرى بعض الفقهاء أنّ حماية الجنين تبدأ منذ لحظة الإخصاب، أي عند تلقيح الحيوان المنوي بالبويضة، ويستمر الجنين بهذا الوصف طوال فترة

(1) د. منى فايز اللوزي، الإجهاض طبياً، قانونياً، فقهيّاً، ط1، عمان 1996، ص 114.

(2) د. محمد علي البار، مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهيّة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1985، ص 153.

(3) وقد بسط المشرع الجزائري حمايته للجنين، سواء اكتمل تكوين أو سارت فيه الروح، ولو كان في الشهور الأولى من الحمل، تلك الأيام التي يكون الحمل فيها محتملاً، ولكنه غير متيقن.. انظر: صالح البشير، المرجع السابق، ص 44.

(4) وقد اعتنق هذه النظرية قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 1990 في بريطانيا، حيث أقر الحماية الجنائية على الجنين منذ فترة العلق، فيعدّ المساس به منذ تحقق العلق اعتداءً خاضعاً لأحكام جريمة الإجهاض.

الحمل، وحين تبدأ عملية الولادة تنتهي حالة الحمل، وينتهي الحديث عن جريمة الإجهاض، وكما أنه لا إجهاض قبل عملية الإخصاب، فلا يعدّ من قبيل الإجهاض الأعمال التي تستهدف الحيلولة دون الحمل.⁽¹⁾

ولكن تتفق غالبية القوانين والتشريعات على اختلاف اتجاهاتها وفلسفاتها على تجريم الإجهاض وتعاقب كل من يقوم به أو يساعد على إحداثه رغم الرّضاء وما يلزمه من ظروف وملابسات. فحق الحياة حق مقدس للفرد فلا يجوز التّصرف به أو إباحة الاعتداء عليه بحجة رضا المجني عليه، إذ تعاقب بعض القوانين على الإجهاض في حال غياب المبرر الطّبي كأن تكون الحامل في خطر إذا ما استمر الحمل. ومن هذه القوانين: القانون الفرنسي، والعديد من الدّول العربية، ومنها القانون السّوري، والمصري، والجزائري. وسوف أبين أحكام الإجهاض في القانون الفرنسي والقانون السّوري. وذلك لتشابه أحكام الإجهاض بين القانون السّوري والقوانين العربيّة الأخرى.

أ. في القانون الفرنسي:

أباح المشرع الفرنسيّ الإجهاض لأول مرة بموجب القانون الصّادر عام 1975، ثمّ تعدل القانون مرّاتٍ عدة، وأصبح وقف الحمل الإرادي، الذي كان يطلق عليه مصطلح الإجهاض، أمراً مشروعاً بموجب القانون الصّادر بتاريخ 1975 / 7/1 وتعديلاته،⁽²⁾ في حالتين:

(1) د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 181.

(2) وكان ينظر إلى النظام الذي جاء به القانون الصادر بتاريخ 1975/1/17 على أنه مؤقت، إذ نص على أن يطبق الوقف الإرادي للحمل لمدة خمس سنوات، ولكن أصبح نظاماً دائماً وذلك

- عندما يتم ممارستها قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل، وذلك بناء على طلب من المرأة التي نفسها في حالة ضيق وشدة. وهو ما نصت عليه المادة (1-2212) وما يليها من قانون الصحة العامة الفرنسي.

- والحالة الثانية نصت عليها المادة (1-2213) من القانون ذاته، وهي حالة فيما إذا كانت متابعة الحمل تضع صحة المرأة في خطر جسيم، أو إذا كان هناك احتمال قوي أنّ الطفل سيولد مصاباً بمرض خطير جداً يعرف بأنه ميئوس منه في أثناء التشخيص، وبأنّه غير قابل للشفاء وفي هذه الحالة لا يؤخذ بالحسبان المدة التي يجب أن يحدث فيها الوقف الإرادي للحمل، فهذا الوقف أو الانقطاع يمكن أن يحدث في أي وقت.⁽¹⁾

وتعاقب المادة (2-2223) من قانون الصحة العامة، بموجب الأمر رقم 548_2000 الصادر بتاريخ 2000/6/15 على جريمة الإجهاض بالسجن لمدة عامين وغرامة قدرها 30 ألف يورو

كما وسع قانون رقم 2017-34 الصادر بتاريخ 2017/3/20 حالات عرقلة الوقف الإرادي للحمل بكل الوسائل، ومنها نشر أو توزيع، عبر البريد الإلكتروني أو على مواقع الإنترنت، ادعاءات أو توجيهات تتعمد التضليل، بهدف الردع، بشأن الطّبيعة أو التّبغات الطّبية لوقف الحمل الإرادي.⁽²⁾

بموجب القانون الصادر بتاريخ 1979/12/31. انظر: د. فواز صالح، دراسات قانونية في الأخلاقيات الحيوية...، المرجع السابق، ص37.

⁽¹⁾ د. فواز صالح، دراسات قانونية..، المرجع السابق، ص37.

⁽²⁾ Loi n°2017- 347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.

وتتطبق هذه الأحكام على حمل تأجير الرحم فيمكن للأُم البديلة القيام بوقف الحمل الإرادي قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل، ولكن لا يحق لها إنهاء العقد بإسقاط الجنين بعد هذه المدة، لأنّها تكون أمام جريمة الإجهاض وفقاً لأحكام القانون الفرنسي. وبالمقابل لا يمكن للأزواج أن يطلبوا منها إسقاط الجنين إذا كان مشوهاً أو رغبة منهم في إنهاء العقد. ذلك أنّ الجنين حقاً طبيعياً يتمثل في استمرار حياته حتى الميلاد. إلّا إذا كان هناك احتمال قوي أنّ الطفل الذي سيولد مصاباً بمرض خطير جداً يعرف أنّ ميئوس منه في أثناء التشخيص.

ب. في القانون السوري:

يعدّ الإجهاض جريمة يعاقب عليها القانون السوري، وذلك بموجب المادة (526) من قانون العقوبات: "كل امرأة أجهضت نفسها بما استعملته من الوسائل أو استعمله غيرها برضاها تعاقب بالحبس من مدة ستة أشهر إلى ثلاث سنوات".

ونصت المادة (52) من القانون ذاته، على أنّه : " 1. من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة أو محاولة إجهاضها عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

2. وإذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة من أربع إلى سبع سنوات.

3. وتكون العقوبة من خمس إلى عشر سنوات إذا تسبب الموت عن وسائل أشد خطراً من الوسائل التي رضيت بها المرأة."

وجاء في المادة (529) من القانون ذاته أنه: " 1. من تسبب عن قصد بإجهاض المرأة دون رضاها عوقب بالأشغال الشاقة خمس سنوات على الأقل. 2. ولا تنقص العقوبة عن عشر سنوات إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل المستعملة إلى موت المرأة."

حيث إنَّ المشرع السوري وقف موقفاً حاسماً من موضوع الإجهاض حتى أنّه لم يفرق بين الشروع بالإجهاض وبين إنجازه ولا يفرق بين الإجهاض، في قانون العقوبات السوري وقانون تنظيم مهنة الطب، في بدء الحمل أو نهايته بل أكثر من ذلك عاقب على اقتناء أو ترويج أو تسهيل استعمال وسائل الإجهاض أو بيع أو حتى عرض مواد معدة للإجهاض للبيع.

فقد نصت المادة (47) من قانون تنظيم مهنة الطب على أنّه : "يحظر على الطبيب الإجهاض بأية وسيلة كانت إلّا إذا كان استمرار الحمل يشكل خطراً على حياة المرأة الحامل ويشترط حينئذ: 1. أن يكون الإجهاض من قبل الطبيب المختص وبموافقة طبيب آخر. 2. أن يحرر محضر بتقرير الحاجة المبرمة للإجهاض قبل إجراء العملية. 3. أن تتظم منه أربع نسخ أو أكثر يوقعها الأطباء والمريضة أو زوجها أو وليه."⁽¹⁾

(1) كما جرم القانون المصري الإجهاض وأفرد له الباب الثالث من الكتاب الثالث الخاص بالجنايات والجنح بموجب المواد من 260 إلى 264، وتنص المادة 260 من قانون العقوبات المصري على

وعلى ذلك لا يمكن تطبيق نظرية البطلان على عقد تأجير الرَّحْم بإعادة مؤجرة الرَّحْم إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد وإسقاط الجنين، لأننا نكون أمام جريمة إجهاض وفقاً للقانون السوري.

ثانياً- دفع الأجر المتفق عليه:

يلقي عقد تأجير الرَّحْم على عاتق الأزواج مستأجري الرَّحْم عدة التزامات منها الالتزام بدفع نفقات الحمل والولادة، والأجر المتفق عليه. فهل يحق لصاحبة الرَّحْم المستأجر رفع دعوى عند إخلالهم بعدم تنفيذ مستحققاتها المالية المتفق عليها في عقد تأجير الرَّحْم؟

بما أنّ عقد تأجير الرَّحْم باطلٌ بطلاناً مطلقاً في بعض القوانين، ومنها القانون الفرنسي، فإنّ التزام الأزواج بدفع الأجرة يعدّ باطلاً، ولا يمكن لصاحبة الرَّحْم المطالبة بدفع الأجرة.

أنه: " كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أو نوع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة." وتتص المادة 261 من القانون المذكور على أنه: " كل من أسقط حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلاتها عليها سواء كان برضاها أم لا، يعاقب بالحبس.." وقد تناول المشرع الجزائري المواد (304) إلى (313) من قانون العقوبات الجزائري (جريمة الإجهاض)، فقد نصت المادة (304) على أنه: " كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولاً أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى، سواء أوافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دج". وهناك حالات الضرورة التي تبج الإجهاض بموجب المادة (308) من القانون ذاته، إذ استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، بشرط أن تتم هذه العملية من طرف طبيب أو جراح وفي غير خفاء بالإضافة إلى شرط إبلاغ السلطة الإدارية.

وبناءً على ما سبق إذا أبرم الاتفاق سراً تحايلاً على قوانين الدول التي حرمت هذا العقد، فلا يسلم الطفل ولا تدفع الأجرة للمرأة مؤجرة الرحم، لأن العقد الباطل معدوم، لا أثر له، كما لا يمكننا تطبيق أحكام البطلان، بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، على هذا النوع من العقود الباطلة، كونه تتعلق بحياة الطفل الذي لا ذنب له، فلا يمكن إسقاط الجنين قبل الولادة. ولكن عند ولادة الطفل لمن ينسب هذا الطفل؟ وهل يمكن للأُم البديلة نسبته لها؟ هذا ما سأبينه لاحقاً في (الفصل الثاني) عند الحديث عن آثار عن تأجير الرحم بالنسبة إلى الطفل.

الفقرة-2- العقود المبرمة، في الخارج، في الدول التي تبيح عقد تأجير الرحم:

ينتشر عقد تأجير الرحم كثيراً في الغرب بسبب طبيعة الثقافة الغربية التي تبيح الحمل والإنجاب خارج نطاق الحياة الزوجية. فقد انتشر هذا العقد في الكثير من دول العالم خاصة التي تشهد كثافة سكانية عالمية وتعاني من الفقر المدقع، مما جعل هذه البلدان وجهة للأزواج الذين يعانون من العقم.

فقد وصل الأمر ببعض النساء الراغبات في الأطفال أن يلجأن إلى الدول الفقيرة ذات الدخل المحدود حيث يجدن ضالتهن. ومع وجود تلك النساء الفقيرات نشأ قطاع كامل من المستوصفات والعيادات التي توفر الخدمات للراغبات من الطرفين، ونشأت معها الصفحات الالكترونية التي توفر الصلات

بين نساء أوروبا والنساء الشرقيات.⁽¹⁾ وبالمقابل لا سبيل لمنع الأزواج في بلادنا العربيّة، من اللجوء إلى البلدان الأخرى التي تبيح قوانينها استخدام هذه الوسيلة العلميّة، لتحقيق حلم الأبوة والأمومة من خلال استئجار رحم امرأة معينة.⁽²⁾

وتؤكد الجمعية السعودية للنساء والتوليد، أنّ عدداً من الأزواج السعوديين المحرومين من الإنجاب يسافرون خارج المملكة لاستئجار الأرحام مقابل مبلغ مالي؛ للحصول على أطفال، وذلك بسبب عدم السّماح بذلك داخل المملكة، إذ رفض المجمع الفقهي الإسلاميّ إجازته. وتمثل الدّول الأوروبيّة والآسيويّة الوجهة الرّئيسة للسعوديين الباحثين عن مؤجرات الأرحام.⁽³⁾

إنّ الاختلاف في التّشريعات، وسياسة كل دولة في التّعامل مع عقود تأجير الأرحام تؤثر في الدّول الأخرى، وحتى في الحالة التي تمنع عقد تأجير الرّحم تماماً، إذ تواجه الدّول مشكلات التّعامل مع الأطفال الذين ولدوا في الخارج من خلال عقود تأجير الأرحام الدّولية. وإمكانية استغلال الأمهات

(1) د. عبد الله يوسف إبراهيم محمد، إجارة أرحام النساء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة جامعة كردفان الآداب والدراسات الإنسانية، السودان، العدد الرابع، 2014، ص 114.

(2) د. الصادق ضريفي، الحمل لحساب الغير..، المرجع السابق، ص3.

(3) سعوديون يقبلون على استئجار الأرحام رغم حرمة، نشر في 26 تشرين الثاني 2013 على الرابط الأتي: (<http://www. Albawaba.com/ar/>) تم الرجوع إليه في الساعة: الخامسة مساءً بتاريخ 2018/3/11.

البديلات، حيث تستفيد بعض الدول من تحريم عقد تأجير الرّحم في الدول أخرى لتكون أسواقها التجاريّة مقصداً للأزواج الأجانب.⁽¹⁾

ففي ضوء منع المشرع الفرنسيّ لعقود تأجير الأرحام في فرنسا أخذ الأزواج يسافرون هرباً من قوانين بلادهم الصارمة إلى الخارج لإبرام تلك العقود في الدول التي تعترف بمشروعيتها تحت شعار "تحقيق أمنية الأسر المحرومة".

فقد بدأ الأزواج الفرنسيّون، نتيجة منع عقد تأجير الرّحم في فرنسا، يسافرون إلى الخارج بحثاً عن أمهات بديلات، لتحقيق رغبتهم بالإنجاب، عن طريق وكالات تأجير الأرحام. فقد سافرت العديد من العائلات الفرنسيّة إلى الدول التي تسمح قوانينها بعقود تأجير الأرحام "التّجارية" سواء في أوروبا أو في أمريكا أو حتى في آسيا، وخاصةً الهند وتايلاند، وأنجبت العديد من العائلات أطفالاً من خلال هذه العقود. وعند عودة هذه العائلات إلى فرنسا لتسجيل الأطفال والحصول على الجنسية انتبه النّائب العام إلى هذا الاحتيال على القانون. إذ تقدم أحد المواطنين الفرنسيّين، إلى القنصلية الفرنسيّة في الهند لإصدار جوازات سفر للأطفال الذين ولدوا في الهند في بومباي، فرفض القنصل الفرنسيّ إصدار جوازات السّفر، كما عارض النّائب العام تسجيل الأطفال في سجلات الحالة المدنيّة الفرنسيّة، وذلك بسبب الاشتباه من ولادة هؤلاء الأطفال من جراء عقد تأجير الرّحم. وفي الوقت ذاته، أصدر قاضي المحكمة الإداريّة قراره بتزويد الأطفال بوثيقة سفر تسمح لهم بدخول الأراضي

(1) See; Surrogacy law policy in the U.S,Id.p;5

الفرنسيّة، بموجب المادة (2-152) من قانون العدالة الإداريّة.⁽¹⁾ إلّا أنّ مجلس الدولة رفض ذلك لأنّ الأطفال ولدوا من جراء عقد باطل يخالف النظام العام في فرنسا، وليس له أي أثر على الالتزامات المفروضة على الإدارة وفقاً لأحكام المواد (1) ولغاية (3) من اتفاقية حقوق الطفل، والتي تتضمن إيلاء الاهتمام الأول لمصلحة الطفل الفضلى في جميع القرارات المتعلقة بها.⁽²⁾

وعقدت المناقشات حول مسألة الآثار القانونيّة، في فرنسا، لعقود تأجير الأرحام التي تمارس في الخارج، ومن ثمّ أصدرت محكمة النقض الفرنسيّة ثلاثة قرارات في 6 نيسان عام 2011 تتعلق بالآثار التي يمكن الاعتراف بها على الأراضي الفرنسيّة بالنسبة إلى عقود تأجير الأرحام المحظورة في فرنسا، والتي تعدّ مشروعة في البلد التي أبرمت فيه.⁽³⁾ وتتلخص وقائع هذه القضايا وفق ما يأتي:

أبرم الأزواج الفرنسيّون، في القضايا الثلاثة المعروضة على المحكمة، عقوداً لاستئجار الأرحام وفقاً للقانون الأمريكي، والذي ينص على أنّ الآباء المفوضين هم الآباء القانونيون للأطفال، وقد حصلوا على قرارات قضائيّة بذلك. ومع ذلك فإنّ محكمة النقض الفرنسيّة رفضت ترتيب أي أثر لمثل هذه

(1) Délivrance d'un titre de voyage à un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui Arrêt rendu par conseil d'Etat. n°348778 4/5/2011, AJ collectives Territoriales, p.414.

(2) op.cit, p.414.

(3) V. Civ 1re,6 avril.2011, 1re, et 2^e espèce. V. Civ 1re,6 avril.2011 pourvoi n° 9-17.130,n° 9-66.486,n°10-19.053 3^e espèce. Dalloz actualité 14 avril 2011,copyright 2016.

العقود، والتي تعدّ باطلة وفقاً للقانون المدني الفرنسي، كونها تتعارض مع النظام العام الفرنسي.⁽¹⁾

فقد طُرحت على المحكمة مسألتان أساسيتان: هل يُعترف في فرنسا بالحالة المدنية للأطفال المولدين في الخارج، خلافاً للمفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي؟ وإذا كان الأمر كذلك هل تسمح مصلحة الطفل الفضلى باستبعاد الطفل؟ ومخالفة النظام العام؟؟⁽²⁾

فيما يتعلق بالنظام الدولي العام الفرنسي، رفضت المحكمة إصدار شهادات ميلاد أنشئت تنفيذاً لقرارات أجنبية لأطفال ولدوا في الخارج من جراء عقود تأجير الأرحام، وإنّ ما يبرر رفض إصدار مثل هذه الشهادة تنفيذاً لقرار أجنبي، أنها تتضمن أحكاماً تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون المدني الفرنسي، وتخالف النظام العام الدولي.

إضافة إلى أنّ مبدأ عدم قابلية الشخص للتصرف يمنع من ترتيب الآثار لقرار أجنبي بإصدار شهادة ميلاد؛ لأنّه كان نتيجة لاتفاق الحمل لمصلحة الغير حتى لو كان مشروعاً ومعتبراً به في البلد الأجنبي. إذ أنّ مبدأ عدم قابلية الشخص للتصرف، هو المبدأ الأساسي فيما يتعلق بالحق بالبنوة ليصبح نافذاً

⁽¹⁾ Cour de Cassation, Chambre civile 1re, 6 a viral 2011, n°486, Publié au bulletin. Voir; C. Siffren –Blanc, la gestation pour autrui heurte principes essentiels du droit français, Dalloz actualité 14 avril 2011, copyright 2016.

⁽²⁾ Voir; op.cit.

في فرنسا.⁽¹⁾ كما أن اتفاق الحمل لمصلحة الغير ولو كان مشروعاً في الخارج فإنه يعدّ باطلاً في فرنسا لمخالفته النظام العام فيها بموجب المادة (7-16) والمادة (9-16) من التقنين المدني الفرنسي.

وعلى ذلك فإن مثل هذه العقود تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الفرنسي، وأهمها مبدأ عدم قابلية الشخص للتصرف "principe essentiel de l'indisponibilité" من جهة، كما تخالف النظام العام الدولي الفرنسي "l'ordre public international français" من جهة أخرى.⁽²⁾

وتبقى هناك صعوبة تتمثل في تحديد نطاق مبدأ عدم قابلية الشخص للتصرف. حيث إنّ محكمة النقض ترفض، بموجب هذا المبدأ، التخفيف من آثار النظام العام على الشعب الفرنسي، لمجرد أنّه تم الحصول على قرار في بلد أجنبي. فماذا سيحدث لو كان الوالدان أجنبيين وحصلوا على الجنسية الفرنسية لاحقاً؟⁽³⁾

فقد قرر مجلس الدولة في عام 2011 أنّه: " لا يمكن الاعتراف بالأطفال الذين يولدون من أب بيولوجي فرنسي وأمّ بيولوجية هندية من خلال عقود الأمومة بالإنابة، حيث تعدّ هذه العقود باطلة لمخالفتها النظام العام في فرنسا،

⁽¹⁾ Voir; op.cit.

⁽²⁾ Voir; C. Siffren –Blanc, op.cit.

⁽³⁾ Voir; Anne– Blandine Caire, le corps gratuit; réflexions sur le principe de gratuite en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain, RDSS 2015 P.865.

وهذا لا يؤثر على التزام الدولة باتفاقية حقوق الطفل بإعطاء الأولوية لمصلحة الطفل الفضلى.⁽¹⁾

كما كان لمحاكم الاستئناف والبداية الفرنسية دور في إبداء الرأي حول آثار عقد تأجير الرحم في فرنسا فيما إذا كان من الممكن تسجيل الأطفال المولدين في الخارج من جراء عقود تأجير الأرحام في سجلات الحالة المدنية الفرنسية وبناء على ذلك منحهم الجنسية الفرنسية، فقد ذهبت هذه المحاكم، تارةً، إلى تسجيل الأطفال في سجلات الحالة المدنية لانطباق ذلك على الواقع القانوني في البلد الأجنبي الذي ولد فيه الطفل، وتارةً أخرى رفضت ذلك. إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت بالمرصاد في نقض هذه القرارات ورفضت الاعتراف بالأطفال المولدين في الخارج من جراء عقود تأجير الأرحام مما عرضها للإدانة من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.⁽²⁾

فقد ألغت محكمة استئناف رين (Rennes) حكماً صادراً عن محكمة بداية ناننت (Nantes) بتاريخ 10 / 1 / 2012، والتي أمرت بنسخ شهادة ميلاد طفل

(1) La décision du Juge des référés du conseil d'état du 4 mai 2011, Gestation pour autrui (transcription de la filiation); condamnation de la France Arrêt rendu par la cour européenne des droits de Lhomme, Recueil Dalloz, 2014, p.1797.

(2) أنشأ الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان ثلاث مؤسسات لضمان تنفيذ الدول الأطراف الالتزامات المنصوص عليها في الميثاق، ومنها : المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1959، وتلتزم الدول الأعضاء بالتقيد وتنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ويحال الحكم النهائي إلى لجنة الوزراء في مجلس أوروبا للإشراف على تنفيذه (المادة 46). للاستزادة د. رياض العجلاني، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد السادس، الطبع الأولى دمشق، 2010، ص 565 وما بعدها.

هندي في سجلات الحالة المدنية الفرنسية، فألغت محكمة رين الاعتراف بالأبوة للطفل المولود في الهند لأمّ هندية. حيث قررت أن عقد تأجير الرّحم ليس، فقط، عقداً باطلاً، يحظره القانون الفرنسي ولكنه، أيضاً، هو عقد شراء للأطفال.⁽¹⁾ كما أكدت محكمة استئناف رين هذا الحكم بتاريخ 2012/2/21، وقررت إلغاء الحكم الصادر عن محكمة بداية نانت بعد أن أمرت بالنسخ في السجلات القنصلية وخدمة الأحوال المدنية المركزية في وزارة الخارجية.⁽²⁾

وعلى الرّغم من ذلك أقرت محكمة نانت في قرارها بتاريخ 2013 /2/10 شهادة ميلاد طفل ولد في كاليفورنيا اكتسب مؤخراً الجنسية الفرنسية، ورأت أنّ الجنسية الفرنسية للطفل تمنح الحق في الحصول على شهادة ميلاد فرنسية، حتى لو ولد من خلال اتفاق الحمل لمصلحة الغير بالمعنى المقصود به في المادة (7-16) من التّقنين المدني الفرنسي، وتم إبرامه في بلد أجنبي، والذي يعدّ مخالفاً للقانون الفرنسي.⁽³⁾

إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية أصرت على رفض تسجيل الأطفال المولودين في الخارج من جراء عقد تأجير الرّحم، بموجب قراراتها في عام 2013 و2014، إذ عدت ذلك احتيالياً على القانون الفرنسي ومخالفاً للنظام

(1) Voir; Cécile Petit, statuts juridiques des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, op.cit, P.2377.

(2) Voir ; op.cit.

(3) Voir C. Siffren –Blanc, op.cit.

العام في فرنسا من جهة، والنظام العام الدولي الفرنسي من جهة أخرى لأن هذه العقود تنافي حقوق الإنسان وحقوق الطفل.⁽¹⁾

إذ رفضت محكمة النقض الفرنسية تسجيل الأطفال الذين ولدوا في الهند من جراء اتفاق الحمل لمصلحة الغير في سجلات الحالة المدنية الفرنسية بموجب قراراتين لها بتاريخ 2013/9/13، وأكدت أن الاحتيال على القانون، والذي ارتكبه الآباء أدى إلى بطلان الاعتراف بالأطفال. وقد فسخت المحكمة، بتاريخ 2013/9/13 قرار محكمة استئناف رين تاريخ 2012/2/21، لأن المحكمة لم تراعي المادتين (16.9. 16.7) من القانون المدني الفرنسي، حيث وافقت محكمة استئناف رين على تسجيل الطفل المولود من جراء اتفاق الحمل لمصلحة الغير، واستندت في حكمها على عدم الاعتراض على مشروعية ورسمية انطباق هذا التسجيل على الواقع.⁽²⁾

⁽¹⁾ la Cour de cassation, Chambre civile 1re, 13 Septembre 2013, n°12-30, 138, Publié au bulletin. Et Cour de cassation, Chambre civile 1re, 19 mars 2014 n°13-50-005, Publié au bulletin. Voir C. Siffren –Blanc, op.cit.

⁽²⁾ Décision attaquée; Cour de Rennes 6 .ch. A 21/2/2012, (cassation), Recueil Dalloz. p.2383.

كما أوضحت محكمة استئناف باريس في حكم لها؛ أنّ السلطات الفرنسية ملزمة بتسجيل الأطفال المولدين في الخارج في سجلات الحالة المدنية الفرنسية، بشرط أن تسمح بذلك تشريعات البلد الذي تمت فيه هذه العمليات.⁽¹⁾

وفيما يتعلق بمقتضيات الاتفاقيات الدولية، ذهبت محكمة النقض إنّ مثل هذا الوضع لا يحرم الأطفال من العيش مع والديهما، مقدمي طلب النسب، ومن ثم لا يحرمهم من حقهم بالحياة الخاصة أو الأسرية بالمعنى المقصود بالمادة الثامنة من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل. وتقرّح المحكمة تحقيقاً لمصلحة الطفل الفضلى الإبقاء على العلاقة القانونية المعترف بها في القانون الأجنبي على الرغم من الصعوبات الملموسة، والتي تنشأ عن مثل هذه الحالة، ومن هذه الصعوبات: التسجيل في سجلات الحالة المدنية الفرنسية، منح الإقامة والجنسية الفرنسية.

لذا أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فرنسا في 26 حزيران 2014 في قضية (Labassee .Mennesson).⁽²⁾ وفي قرار آخر بتاريخ 19 كانون الثاني 2017، وذلك لرفضها الاعتراف بالنسب وإصدار شهادة ميلاد بالنسبة إلى الأطفال الذين ولدوا في الخارج من جراء عقد تأجير الرحم. فيجب

⁽¹⁾ La cour d'appel Paris, 25/10/20072007, RG n°06/00507; D. 2008. gestation pour autrui; vers une évolution de la législation, Recueil Dalloz 2008. P.2136.

⁽²⁾ La Cour Européen des droits de Lhomme ,En l'affaire Mennesson c. France(n°65192/11 & n°65941/11), 26/9/2014. Recueil Dalloz 2014, p.1806. copy right 2016 Dalloz.

أن تعترف الدولة رسمياً بالبنوة والنسب بين الوالد الذي تم من أجله الحمل، ومن جهة أخرى، وهؤلاء الأطفال الذين ولدوا في الخارج.⁽¹⁾

وهكذا فإن محكمة النقض الفرنسية برفضها للحقيقة المنجزة دولياً؛ تدافع عن السياسات التشريعية الفرنسية، وفي هذا الصدد تذكر المحكمة باستخدام عبارة "القانون الإيجابي"، بأنها تأخذ بالحسبان التشريعات السارية في اليوم الذي تحكم فيه. ومع ذلك إذا ظلت مسألة إضفاء الطابع القانوني أو الشرعي على عقود تأجير الأرحام الدولي موضوع نقاش، فيجب تنقيح قوانين أخلاقيات علم الأحياء في فرنسا.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن اللجنة الأخلاقية في تقريرها الصادر في عام 2008، قد أوصت أن لا يرضخ المشرع لـ "شرعنة الواقع" الذي يؤكد الحصول الفعلي لتأجير الأرحام، ومن ثم أصبحت هذه اللجنة أكثر ليونة في تقريرها الصادر في عام 2010 من قبيل مراجعة قانون أخلاقيات علم الأحياء في فرنسا؛ حيث اقترحت إباحة حالة تأجير الرحم بخلايا الزوجين.⁽³⁾

(1) la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), décisions le Jeudi 19 Janvier 2017, Recueil Dalloz 2017 p.1229.

(2) C. Siffren –Blanc, op.cit.

(3) Le CCNE, comme il l'a déjà souligné dans son avis 105 du 9 October 2008 et 2010.Voir; Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, Problèmes Éthiques de reproduction artificielle, p.5.

ويعتقد بعضهم أنه: في ضوء شهادة الميلاد الأجنبية، يمكن أن يُمنح الأطفال المولودون من جراء عقد تأجير الرحم، وثيقة هوية أجنبية، مثل أي طفل أجنبي في الأراضي الفرنسية، لأنّ قوانين الزواج الأجنبي هي الوحيدة التي يجب أن تتسخ على سجلات الدولة المدنية لكي تكون قابلة للتنفيذ ضد أطراف ثالثة في فرنسا، خاصة فيما يتعلق بالجنسية. إذ تنص المادة (47) من القانون المدني على أن قانون الحالة المدنية الأجنبية ساري المفعول حتى يثبت خلاف ذلك أو في حالة الاحتيال على قواعد النظام العام في القانون الفرنسي. كما تنص المادة (5) من المرسوم رقم 521-2008 الصادر بتاريخ 2008/6/2 بشأن صلاحية السلطات الدبلوماسية والقنصلية الفرنسية في مسائل الأحوال المدنية على نسخ الأفعال المتعلقة بالحالة الفرنسية، التي أنشأتها السلطات المحلية عندما تمتثل لأحكام المادة (47) من القانون المدني بشرط ألا تتعارض مع النظام العام.⁽¹⁾ فلم يتم التشكيك بأحكام المادة (7_16) عند دراسة مختلف القوانين المتعلقة بأخلاقيات علم الأحياء، ولم يتضمن القانون الصادر بتاريخ 2013/5/17 رفع الحظر عن عقد تأجير الرحم، وأكد المجلس الدستوري في قراره 2013/669 أنّ هذا القانون الأخير لم يتضمن أي تغيير أو تعديل لأحكام المادة (7/16) من القانون المدني الفرنسي، وفيما يتعلق بالشكاوي المتعلقة بإمكانية التحريض على اللجوء إلى الخارج من أجل الإنجاب بمساعدة طبية عن طريق اتفاق الحمل لمصلحة الغير والاحتيال على القانون

(1) Voir ; Cécile Petit, statut juridiques des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, op.cit, P.2377.

المدني الفرنسي، فعلى المحاكم المختصة أن تمنع ذلك، وأن تحرم من أثر هذا الاتفاق، عند الاقتضاء، لقمع هذه الممارسات.⁽¹⁾

وقد تأثرت محكمة بداية نانت بقرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، إذ أمرت في قرارها الصادر بتاريخ 2017/12/14 بنسخ شهادة الأطفال المولدين في أوكرانيا من جراء عقد تأجير وقامت بتعيين الأم المعنية " la mère d'intention " واستندت في قرارها على الأسس الآتية:

1_ إن حقيقة ولادة الطفل من خلال عقد تأجير الرحم، والمحظور بموجب المادة (7-16) من التّقيين المدني، لا يمكن أن تمنع من الاعتراف في فرنسا بعلاقة البنوة وذلك بالاستناد على مصلحة الطفل الذي لا يمكنه الاعتراض على ظروف حمله وولادته، ومن ثم ينبغي عدم الاعتراض على مشروعية ورسمية انطباق هذا التّسجيل على الواقع، إذ إنّ الأم المعنية هي الأمّ المعترف بها قانوناً في بلد الميلاد، على الرّغم من عدم ولادتها للطفل.

2_ كما أنّ مصلحة الطفل الفضلى مضمونة بالمواد (1) ولغاية (3) من الاتفاقية الدولية لحماية الطفل، والتي يجب عدها بالمقام الأول عند الاعتراف بالوضع الأجنبي وفقاً للقانون الأجنبي من أجل ضمان الحق في احترام هوية الطفل الوطنية، والتي تشكل انتماءه وجنسيته الفرنسية جانباً أساسياً فيها.⁽²⁾

(1) Voir ; op.cit. cons. Const, 17 mai 2013. 1643, chron. F. Dieu; A fam 2013. 332, etude F. Chénée; constitutions 2013.

(2) La cour Nantes, n°16/04096, 14/12/2017, AJ Famille 2018, p.180.

وهذا يتعارض مع قواعد النّسب الفرنسيّة التي تعتمد على واقعة الولادة لتحديد الأمّ القانونيّة، وهذا ما سألينّه لاحقاً بالتّفصيل عند الحديث عن نسب الأطفال المولدين من جراء عقد تأجير الرّحم في الفصل الثّاني من هذا الباب.

المطلب الثاني

أثر بطلان عقد تأجير الرحم في التزامات المتعاقدين في الشريعة الإسلامية

بما أنّ الرأي الرَّاجح في الشريعة الإسلامية هو تحريم كل شكل من أشكال تأجير الأرحام، لذا فإنّ عقد تأجير الرّحم يعدّ عقداً باطلاً في الشريعة الإسلامية لمخالفته المبادئ العامة والقواعد الثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية. فلم يقف فقهاء الشريعة الإسلامية عند حد تحريم هذا العقد، بل افترضوا لجوء الناس إليه بسبب عدم المبالاة بأحكام الشريعة الإسلامية، أو بسبب الرغبة الجامحة في الحصول على الطفل أياً كانت الوسيلة حتى لو خالفت أحكام الشريعة الإسلامية.

وعندما يتم اللجوء إلى عقد تأجير الرّحم غالباً ما يتم بصورة شفوية، أو بموجب عقد مكتوب تحدد فيه التزامات كل طرف. وفي الحالتين يعدّ قائماً بموجب عقد، وعلى فرض أنّ الأمّ البديلة قامت بالتزامها حتى الولادة. فهل تستحق صاحبة الرّحم الأجرة عن هذا العمل؟ وهل تجب النفقة عليها خلال مدة الحمل؟ وفي حال رغبت في إنهاء العقد هل يحق لها أن تسقط الجنين؟

الفقرة 1- استحقاق صاحبة الرحم الأجرة:

يتوقف استحقاق صاحبة الرّحم للأجرة المتفق عليها في الحقيقة، كأثر من آثار العقد المبرم بين الطرفين، على مدى مشروعية هذا العقد، وبناءً على

الحكم الشرعي بحرمة تأجير الأرحام بكافة أشكاله، والذي ثبت بالاستقراء، فإنَّ صاحبة الرّحم لا تستحق أي أجره مقابل تأجير رحمها لبطلان هذا التصرف، فقد بيّن الفقهاء حكم أجر المنفعة المحرمة، وذهب جمهور الفقهاء إلى حرمة أخذ الأجرة على الإجارة المحرمة، وفق ما يأتي:

أولاً_ عند الحنفية:

قال الكاساني (ومن استأجر حملاً يحمل له الخمر فله الأجر في قول الإمام أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا أجر له كذا ذكر في الأصل، وذكر في الجامع الصغير: أنه يطيب له الأجر في قول أبي حنيفة، وعندهما يكره.) لأنّ هذه الإجارة على معصية، ولأن حمل الخمر معصية لكونه إعانة على المعصية. فقد قال الله عز وجل : " .. وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ " (1) ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمولة إليه.

ولأبي حنيفة: أنّ نفس الحمل ليس بمعصية بدليل أنّ حملها للإراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشّرب، لأنّ ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشّرب فكانت سبباً محضاً، فلا حكم له كعصر العنب وقطفه، والحديث محمول على الحمل بنية الشّرب وبه نقول أنّ ذلك معصية ويكره أكل أجرته. (2)

(1) سورة المائدة، الآية: (2).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، (190/4).

ثانياً_ عند المالكية:

قال محمد المغربي المالكي في مواهب الجليل: (والحرام أن يؤاجر نفسه فيما لا يحل من حمل الخمر أو رعي الخنازير فهذا يفسخ قبل العمل فإن فات تصدق بالأجرة على المساكين).⁽¹⁾

ثالثاً_ عند الشافعية:

جاء في مغني المحتاج: (أما الاستئجار على حمل الخمر للإراقة أو حمل المحترمة فجائز كنقل الميتة إلى المزيللة، كما يُحرم أخذ الأجرة على المحرم، ويحرم إعطائها إلا لضرورة كفك الأسير، أو إعطاء الشاعر لئلا يهجو، والظالم ليدفع الظلم...)⁽²⁾

رابعاً_ عند الحنابلة:

قال البهوتي في كشف القناع: (يجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها).⁽³⁾ وقال ابن مفلح الحنبلي: (والمنفعة المحرمة مطلوب

⁽¹⁾ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الأولى 1412هـ، 1992 م، (419/3).

⁽²⁾ شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، (449/3).

⁽³⁾ منصور يونس إدريس البهوتي، كشف القناع في متن الإقناع، المرجع السابق، (561/3).

عدمها وصحة الإجارة تنافيا إذ المنفعة المحرمة لا تقابل بالعوض في البيع فكذا في الإجارة لأنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه..⁽¹⁾

إذاً اشترط الفقهاء مستنديين إلى الأدلة الشرعية، أن تكون المنفعة مباحة. ولا تجوز إجارة لأجير في منفعة محرمة، فما كان نتيجة لحرام محض فإن مقدماته حرام أيضاً، ذلك أن كل ما أدى إلى الحرام بشكل قطعي يكون محرماً. والمقدمات التي نقصدها هي إجراء عملية الحمل صناعياً (تأجير الرحم) ودفع النقود وأخذها حرام، لأنّ الأخذ من غير أن يقدم شيئاً مشروعاً.⁽²⁾

ولما أصدر المجمع الفقهي قرار تحريم تأجير الرحم بكل صوره، ترتب على ذلك حرمة أخذ الأجرة بدل الحمل، لأن المنفعة محرمة، وما بني على باطل فهو باطل، ولما كان تأجير الرحم محرم عند غالبية العلماء المعاصرين كانت وثمراته محرمة أي دفع النقود وأخذها لذلك يؤثم دافع النقود لأنّه أنفقها في وجه غير شرعي، ويحرم أخذها لأنّ الأخذ قد أخذ أجرة على منفعة محرمة.⁽³⁾

ويرى بعضهم أنّ عقود تأجير الرحم لا تتوافر فيها أركان العقد الصحيح لوجود الجهالة والغرر، والغرر في عقد تأجير الرحم ظاهر في المعقود عليه، وهو "الجنين في الرحم" وتتوافر شروطه على النحو الآتي:

(1) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، الطبعة الرابعة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1418هـ، (74/5).

(2) د. أحمد زياد سلامة ود. عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العربية للعلوم، عمان الطبعة الأولى، 1996، ص127.

(3) د. هيام السحاوي، إيجار الرحم، المرجع سابق، ص498.

ليس معروفاً أذكر أم أنثى، مواصفات الجنين مبهمة، حياة الجنين غير مضمونة. وإذا كان الغرر موجوداً في أصل المعقود عليه يوجب حينئذ بطلان وفساد العقد، وكذلك الجنين يعد حراً ولا يصح التعاقد عليه بالمال أو الهبة.⁽¹⁾

ويرد على هذا الرأي أنّ المعقود عليه هو "الانتفاع بالرّحم" وليس الجنين، ولا يوجد أي غرر أو جهالة حول الرّحم وخاصة أن مؤجرة الرّحم تخضع للفحوصات والتّحاليل للتأكد من سلامة رحمها وقدرتها على الحمل.. كما أن الأجرة تكون محددة في العقد.

ولكن بما أنّ عقد تأجير الرّحم يعدّ باطلاً في الشريعة الإسلامية، من ثم فإنّ الأجرة باطلة لأنّ حكم العقد الباطل في الشريعة الإسلامية، على النحو الآتي:

عند الجمهور، البطلان هو: عدم ترتب الأثر المطلوب من المعاملة عليها.⁽²⁾

أما الحنفية، فيفرقون بين الباطل والفساد، فالباطل هو: ما لم يشرع بأصله ولا وصفه. والفساد: عدم ترتب أثر المعاملة عليها.⁽³⁾

(1) المرجع السابق، ص499.

(2) ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، (54/3). وابن قدامة المقدسي، المغني، (252/4).

(3) زين الدين إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ، 1997م، (211/7).

معنى ذلك أنه لم يشرع بأصله ولا وصفه، أي أنه وجد خلل في العاقلين أو محل العقد، كأن يكون العاقدان غير عاقلين أو أحدهما، أو كان العوضان ليسا بمال، أو كان أحدهما ليس بمال.⁽¹⁾

وقد وقع الخلل في عقد تأجير الرّحم على محل العقد وهو "الانتفاع بالرّحم"، ومن ثمّ فهو عقد باطل، وحكم العقد الباطل في الشريعة الإسلامية: أنه لا يترتب عليه أثره سواء قبض أم لا لأنه لم ينعقد أصلاً فهو بحكم المعدوم بنظر الشارع.⁽²⁾ والأدلة كثيرة على ذلك منها: قول النبي ﷺ " إِنْ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ ".⁽³⁾

الفقرة -2- استحقاق صاحبة الرّحم النّفقة:

ولما كانت النّفقة أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، يمكن التساؤل عنها حول مدى أحقية صاحبة الرّحم البديل للنّفقة في الفترة ما بين زرع البويضة المخصبة في رحمها ووضع الجنين؟

أولاً- تعرف النّفقة:

1_ النّفقة لغّة:

من نفق، وهي مصدر من النّفوق، يقال نفق الفرس والدّابة وسائر البهائم ينفق نفوقاً أي ماتت، وهي أيضاً مصدر الإنفاق، هو صرف المال وفناؤه،

(1) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر، مصر، 1416 هـ، ص369.

(2) زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، (211/7).

(3) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل، في "المسند" (293/1).

ونفقة الزوجة والأقارب والمماليك مأخوذة من الأصل، فالنفقة: ما أنفقت على نفسك وأولادك.⁽¹⁾

2_ **النِّفَقَةُ اصطلاحاً:** "مما يلزم المرء صرفه لمن عليه مؤنته من زوجته أو عبده أو دابته".⁽²⁾

ثانياً_ حكم النِّفَقَةِ لصاحبة الرّحم:

إنّ التشريعات التي أباحت مثل هذه العقود ألزمت الأزواج الذين طلبوا استئجار الرّحم بالإنفاق على صاحبة الرّحم خلال فترة الحمل، وتحمل كافة المصاريف بما فيها الفحص، والتّشخيص والولادة، وذلك حسب الاتفاق المبرم، غير أنّ التشريعات التي حرمت هذا العقد لم تتطرق لهذه المسألة بنصوص قانونية، وقد أحالت التشريعات المستمدة من الشريعة الإسلامية الحكم بخصوص النِّفَقَةِ المترتبة على عقد تأجير الرّحم إلى الشريعة الإسلامية.

ويرى بعض الباحثين أنّه رغم بطلان العقد إلّا أنّ النِّفَقَةَ هنا تخرج على الحامل، فالأمر لا يخلو من ثلاث فرضيات، وهي:

1_ إذا كانت صاحبة الرّحم متزوجة، فقد تكون زوجة ثانية لصاحب الحيوان المنوي، وهنا تكون نفقتها على زوجها. وقد تكون ليست زوجته فهنا تكون زوجة لرجل آخر فتكون نفقتها عليه.⁽¹⁾

(1) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، (37-36/12)

(2) محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى،

2_ إذا كانت غير متزوجة، وهنا يرى جانب من الفقه أنّه نظراً لانعدام السببية بين الزوج صاحب الحيوان المنوي، والمرأة صاحبة الرحم بأنّهما ليسا زوجين فلا تجب النفقة عليه.⁽²⁾

كما يرى جانب من الفقه أنّ: نفقة صاحبة الرحم وعلاجها ورعايتها طوال مدة الحمل والنّفاس تكون على صاحب الحيوان المنوي أو وليه بعده لأنها تغذيه من دمها فينبغي أن تعوض عما تفقده، ويرى أنّ الأمومة البديلة يجب أن تكون لها مزايا فوق أمومة الرضاع ومنها إيجاد نفقة لهذه الأمّ على ولدها إذا كان قادراً واحتاجت هي إلى النفقة.⁽³⁾

بينما يرى آخرون أنّه إذا كان الفقه عدّ الأجرة باطلة كون العقد باطلاً، ولكن أليس بالإمكان القول إنّ الأجرة هي نفقة واجبة على الأب صاحب النّطفة. حيث إنّ فقهاء الشريعة الإسلامية في ضوء تكييفهم للنفقة على الجنين تباينت آراؤهم على النحو الآتي:

منهم من يرى أنّ النفقة تجب للحمل (الجنين) لا للحامل. واستدلوا في ذلك، أنّ النفقة لا تجب من ماله إلّا إذا كان له مال، ولا تتعدد بتعدد الولد، ومنهم من يرى أنّ النفقة تجب للحامل لكنها بسبب الحمل.

(1) حيدر كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل، المرجع السابق، ص100 .

(2) د. محمد صادق الصدر، ما وراء الفقه، ج5، بيروت لبنان، 1996، ص20. أشار إليه: حيدر كاظم الشمري، المرجع السابق، ص68.

(3) د. يوسف القرضاوي، فتاوي معاصرة، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار القلم، 1998، ص57.

ويرتب الفقه على هذا التمييز أنه: إذا كانت المرأة حاملاً من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة فبناءً على القول إن "النّفقة للحامل" تلزم النّفقة للزوج الشرعي لها. أما القول إنّ "النّفقة للحمل" فإنّها تكون على الواطئ أو الأب الحقيقي للجنين.⁽¹⁾

ومن وجهة نظري أنّ الرأي الرَّاجح: لا تجب النّفقة عليه نظراً لانعدام السّببية بين الزوج صاحب الحيوان المنوي، والمرأة صاحبة الرّحم بأنّهما ليسا زوجين. كما أنّ المرأة صاحبة الرّحم لم تحمل من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة حتى نخرج النّفقة على الحامل أو على الحمل.

الفقرة_3_ تسليم الطّفل المولود:

ومن آثار بطلان عقد تأجير الرّحم في الشّريعة الإسلاميّة عدم نفاذ التزام المرأة مؤجرة الرّحم بتسليم الجنين، بل يسلم هذا الطّفل إلى أبويه الشرعيين، وبما أنّ تأجير الرّحم تمّ بتدخل طرف ثالث في الإنجاب لذا اختلف فقهاء الشّريعة الإسلاميّة حول نسب هذا الطّفل وسوف نفصل هذا لاحقاً.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا مفاده: هل يجوز للأُم المستعارة (مؤجرة الرّحم) إسقاط الجنين ؟

تعرض فقهاء الشّريعة الإسلاميّة إلى تعريف الإسقاط أنّه: " كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنّه طفل "ولد أو بنت". أو ما يعبر عنه عند الحنفية، بالجناية

(1) مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص988.

على ما هو نفس من جهة من دون وجه، لأنّ الجنين من ناحية يعدّ نفساً، لأنّه آدمي، ولا يعدّ نفساً من ناحية ثانية، لأنّه لم ينفصل عن رحم أمه وهو جزء منها.⁽¹⁾

أما الجنين عند الشافعية وأبي حنيفة: " هو ما فارق العلقه والمضغة وبدأت عليها دلائل التّخليق، وكذا إذا كانت مضغة ولم يتبين فيها شيء من خلق، فشهد ثقة أنّه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتصور، وتعني أنّ مسؤولية الجاني تثبت عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه.⁽²⁾

اتفق العلماء على تحريم إجهاض الجنين بعد نفخ الرّوح فيه، أي بعد مرور مائة وعشرين يوماً على علوقه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾⁽³⁾ ثم اختلفوا في حكم إجهاض الجنين قبل نفخ الرّوح في ثلاثة أقوال أذكرها فيما يأتي:

القول الأول: تحريم الإجهاض قبل نفخ الرّوح، وهو القول المعتمد عند المالكية، فجاء في حاشية الدسوقي: "وكذلك لا يجوز إخراج المني المتكون في الرّحم ولو قبل الأربعين يوماً"، وعلق الدسوقي على قول: "ولو قبل الأربعين" بقوله: " هذا هو المعتمد في المذهب"⁽⁴⁾ وبعض الحنفية.⁽¹⁾

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 325.

(2) المرجع السابق، ص 295.

(3) سورة الإسراء، الآية: (33).

(4) ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المطبعة التجارية الكبيرة، دون تاريخ نشر، (267/2).

القول الثاني: يجوز إسقاط الجنين قبل نفخ الروح، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية أنه : يجوز ما لم يتخلّق.⁽²⁾ وبعض الشافعية،⁽³⁾ والظاهر من كلام الحنابلة،⁽⁴⁾ ودليلهم أن محصول الحمل قبل نفخ الروح قطعة لحم قد لا تتكون جنيناً، أما الإجهاض بعد نفخ الروح فهو حرام إطلاقاً ولم يخالف في ذلك أحد.⁽⁵⁾

القول الثالث: ذهب أصحابه إلى كراهة إسقاط الجنين قبل نفخ الروح، والتحريم فيما عداه، وهو قول للمالكية،⁽⁶⁾ ومذهب جمهور الشافعية.⁽⁷⁾

وعلى ذلك اختلف العلماء في المدة التي يجوز خلالها الإسقاط أو الإجهاض، على نحو عام، سواء كان حملاً شرعياً أو غير شرعي، وفق ما يأتي:

-
- (1) محمد علي بن علي الحِصْني المعروف بعلاء الحصفكي الحنفي، الدار المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)، دار الكتب العلمية، 1423 هـ، 2002م، ط1، (591/6)176/2.
- (2) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، (325/7)، علاء الحصفكي الحنفي، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، (302/1)، (267/3). وكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، وفتح القدير، من دون طبعة وتاريخ، (407/3).
- (3) شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر بيروت، 1404هـ، 1984م، (413/8).
- (4) منصور يونس البهوتي، كشاف القناع، (220/1)، ابن المفلح، كتاب الفروع "فروع الفقه الحنبلي"، 1405 هـ، 1985 م، ط4، (220/1).
- (5) د. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإجهاض، أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، العبيكان للنشر، الرياض، السعودية، 2011، ص41 وما بعدها.
- (6) ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، (267/02).
- (7) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357 هـ، 1983م. (40/8)، والرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، (442/8).

ذهب جمهور الفقهاء إلى حرمة إسقاط الحمل بعد مرور اثنين وأربعين يوماً من بدئه، ودل على ذلك صريح قول النبي ﷺ بأنه : "إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها.." (1)

وخالفهم في ذلك الحنفية وكثير من الحنابلة، فأجازوا الإسقاط ما لم يمر على بدء الحمل، مائة وعشرون يوماً، وهي المدة التي أخبر بها رسول الله ﷺ أنّ الروح تنفخ في الجنين في نهايتها. (2)

وعلى الرغم من إباحة الإجهاض مع الكراهة عند بعض الفقهاء كالحنفية والشافعية خلال فترة معينة، فإنّ بعض الفقهاء المعاصرين لا يجيزونه حفاظاً على وجود حق الحياة للجنين، إلّا في الضرورة القصوى كوجود خطر على حياة الأم بتقرير طبيب مسلم ثقة، أو بتأكيد مجموعة من الأطباء أنّ الجنين لا يعيش لعدم وجود مخ له مثلاً، وليس من الأعذار المبيحة حالة الطفل الذي قد يولد مصاباً بالبله المنغولي. (3)

ولا شك أنّ ظن التشوه لا يببر قتله، إنّ حكمه في هذه الحالة حكم إنسان حي يعيش بين الناس، ويمارس حقه في الحياة كأبي واحد منهم. ونظراً إلى أن

(1) علاء الحصفكي الحنفي، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، (390/2)

(2) المرجع السابق، (389/2).

(3) د. وهبه الزحيلي، فتاوى معاصرة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2003، ص 172.

الشَّارِع لا يبرر قتل الإنسان البريء لكونه مشوهاً، فكَذلك لا يكون التشوه مبرراً لقتل نظيره الذي يتمتع بمثل حياته، ولكنه لا يزال سجيناً في عالم الرَّحِم.⁽¹⁾

وأما عن حمل تأجير الرَّحِم فيأخذ الحكم السابق لأنَّه لا يجوز أن يحمل الجنين وزر غيره. وذلك احتراماً للروح البشرية، ومن ثمَّ منذ تعلق البويضة المخصبة في رحم الأم لا يجوز التَّعرض للجنين إلا إذا كانت حياته مستحيلة أو استمرار الحمل يهدد حياة الأم. ويقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَرَوْا وَازِرَةً وَزَرَ أُخْرَى...﴾⁽²⁾

وجاء في توصيات "ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنعقدة في الكويت عام 1983: " استأنست الندوة بمعطيات الحقائق العلمية الطَّبية المعاصرة، والتي بينها الأبحاث الطَّبية والتَّقنية الحديثة، فخلصت إلى أنَّ الجنين منذ بداية الحمل وأنَّ حياته محترمة في كافة أدوارها، خاصة بعد نفخ الروح فيه، ولا يجوز العدوان عليه بالإسقاط إلا للضرورة الطَّبية القصوى.

كما صدرت عن " ندوة الإنجاب والحياة الإنسانيَّة بدايتها ونهايتها" توصية جاء فيها:

أولاً_ بداية الحياة تكون منذ التحام حيوان منوي ببويضة، ليكونا البويضة المخصبة، التي تحتوي على الحقبة الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة،

(1) د. محمد سعيد البوطي، موقف الشريعة الإسلامية من التحكم بنوع وأوصاف الجنين والإسقاط عند التشوه، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 298.

(2) سورة الرمز، الآية: (7).

وللكائن الفرد بذاته المتميز عن كل كائن حي، على مدى الأزمنة، وتشعر بالانقسام، فتعطي الجنين النامي المتطور المتجه خلال مراحل الحمل إلى الميلاد.

ثانياً_ منذ يستقر الحمل في بدن المرأة فله احترام متفق عليه، ويترتب عليه أحكام شرعية معلومة.

ثالثاً_ إذا بلغ الجنين مرحلة نفخ الروح) على خلاف في توقيته، فإما مائة وعشرون يوماً، وإما أربعون يوماً) تعاضمت حرمة باتفاق، وترتب على ذلك أحكام شرعية أخرى... " (1)

(1) توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، مؤتمر الحياة الإنسانية: بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وزارة الصحة، المحرر: د. خالد المذكور، الكويت 1985، ص 676. فقد عقدت المنظمة الإسلامية بالاشتراك مع وزارة الصحة بدولة الكويت ندوتها الثانية من سلسلة ندواتها حول (الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة) وذلك تحت عنوان: "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي"، في الفترة ما بين 24 إلى 26 ربيع الآخر 1405هـ التي توافقها الفترة من 15 إلى 17 يناير 1985.

انظر: الرابط الآتي وتم الرجوع إليه الساعة: الخامسة مساء بتاريخ 2018/3/4
(<http://www.islamset.com/aboietics/hayat.html>)

وانظر: الانعكاسات الأخلاقية المتقدمة في علم الوراثة، ما بين 13- 15 فبراير 1993، الدوحة، قطر، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم الثقافية، ص 183 وما بعدها.

المبحث الثاني

آثار عقد تأجير الرحم في القوانين التي تبيحه

أطراف عقد تأجير الرحم هم، الأمّ صاحبة البويضة أو ما يطلق عليها الأمّ المفوضة (commissioning mother) لأنّ دورها يقتصر على تقديم البويضة، وتفويض الأمّ البديلة مهمة الحمل والوضع، والأب صاحب الحيوان المنوي أو الأب المفوض (commissioning father)، لأنّه يقدم منيه من أجل تلقيحه ببويضة زوجته في أنبوب اختبار ثمّ يوضع في رحم الأمّ البديلة، ومن تحمل لحساب الغير الأمّ البديلة ويطلق عليها (surrogate mother).

ويعدّ هذا العقد من العقود الملزمة للجانبين، والتي ترتب على عاتق كل من طرفيها التزامات متقابلة، فمتى انعقد صحيحاً رتب آثاراً شأنه شأن أي تصرف أو عقد يفرض التزامات، ويرتب حقوقاً لكل من طرفيه، في القوانين التي تبيح هذا العقد، فتنشأ علاقات قانونية معقدة، حيث يتعدد الأشخاص الذين يمكن أن يطالبوا بالحقوق القانونية على الطّفل، فيجد نفسه موضوع نزاع حول الحضانة والنسب، فيمكن في بعض الحالات أن يكون هناك متبرعون بالبويضات أو الحيوانات المنوية، فيكون لدينا الطّرف الأول الأمّ البديلة وزوجها (إن كانت متزوجة)، والطّرف الثاني الأزواج الذين طلبوا إجراء عملية استئجار الرحم، والطّرف الثالث المانحين للأمشاج، فالأطفال الذين يولدون من خلال عقد تأجير الرحم لا يرتبطون بالأمّ البديلة بيولوجياً، فيجد الطّفل نفسه محل نزاع بين

عدة أطراف لا يعلم أيهما سيصبحان والدين قانونيين له، هل هما الأمّ البديلة وزوجها أو الأمّ البيولوجية وزوجها أو الأب البيولوجي وزوجته.⁽¹⁾

وسوف أبين التزامات وحقوق كل من طرفي العقد في مطلبين:

المطلب الأول: التزامات الآباء المفوضين وحقوقهم.

المطلب الثاني: التزامات الأمّ البديلة وحقوقها.

⁽¹⁾ See; Johnson v. Calvert.851.p.2d,id. See also; Soos v. Superior Court ,897 p.2d1356(App.1994).

المطلب الأول

التزامات الآباء المفوضين وحقوقهم

يلتزم الآباء المفوضون، على نحو عام، بدفع الأجرة إلى الأم البديلة، وتسلم الطفل بغض النظر عن حالته العقلية أو الجسدية. فلم تنظم بعض القوانين التي أباحت عقد تأجير الرّحم التزامات وحقوق أطراف العقد، بينما حاولت بعض القوانين ومنها قانون ولاية فلوريدا في أمريكا، إحاطة هذا العقد بإطار قانوني يضمن تنفيذه، فقد أوجب هذا القانون أن يحدد فيه كافة الاحتمالات الممكنة الحدوث، كحالة وفاة أحد الزوجين أو انفصالهما بالطلاق، وحقوق الأولاد والأبوين، والمرأة الأجنبية التي حملت ووضعت. فنص هذا القانون على أن يلتزم الزوجان بكافة التزاماتهما تجاه المولود، وألا يرفضاً حضانتها، وأن يتحمل الزوجان كافة المصاريف والنّفقات خلال مدة الحمل.⁽¹⁾

كما تنص القوانين في ولاية نيفادا على وجود موافقة خطية موقعة من جميع أطراف العقد تتضمن: "الحقوق القانونيّة والمالية والتّعاقدية والجزاءات والالتزامات لكل طرف في عقد تأجير الرّحم."⁽²⁾ وأن تقدم المشورة القانونيّة لكل من الآباء المفوضين والأم البديلة كي يكون عقد تأجير الرّحم صالحاً.⁽³⁾

⁽¹⁾ See; Florida Code § 63-212 (2009); §742.

⁽²⁾ Brittany M. Nichol, A child without A country; Dissolving the statelessness of children born through surrogacy, 2016. See; Michigan. Rev. Stat. § 907. p. 925. See; Nevada. Rev. Stat. §126-750(2009).Art;(3/d).

⁽³⁾ See; id, §126-750. Art;(1)(a).

الفقرة_1_ التزامات الآباء المفوضين:

تشتت بعض القوانين توافر الأهلية الكاملة لدى الآباء المفوضين، فعلى سبيل المثال يشترط قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 2008 في بريطانيا، وقانون ولاية فلوريدا في أمريكا: توافر الأهلية الكاملة لدى الزوجين والمحددة ب 18 سنة، كما وسع القانون في بريطانيا الحق في استئجار الرحم إلى الخليلين والأزواج من الجنس ذاته. بينما يشترط القانون في فلوريدا قيام علاقة الزوجية بين الراغبين في الحصول على طفل، فلا يجوز اللجوء إلى هذا العقد خارج إطار العلاقة الزوجية، ويحظر القانون استئجار الرحم لجميع الأفراد غير المتزوجين وللأزواج من الجنس ذاته، ويجب على الزوجين تقديم شهادة طبية من طبيب مختص في فلوريدا تثبت عدم قدرة الزوجة على حمل الجنين في رحمها أو أن حملها يعرضها أو يعرض الجنين للخطر.⁽¹⁾ وتشتت القوانين، أيضاً، في ولاية تكساس أن يكون الآباء المفوضون متزوجين.⁽²⁾

وسوف نبين التزامات الآباء المفوضين وفق ما يأتي:

أولاً_ الالتزام بتحمل النفقات:

يرتب عقد تأجير الرحم على عاتق الآباء المفوضين تحمل كافة النفقات والمصروفات، التي يتطلبها العقد ابتداءً من فترة الحصول على البويضة

(1) See; Human Fertilisation and Embryology Act 2008 ,also Florida Code, §§63-212 (2009).

(2) Brittany M. Nichol, Id, p;925. See; Texas. Family.Code Ann. § 160.754

المخصبة واستدخالها إلى رحم المرأة التي وافقت الحمل لحسابها إلى حين الولادة.

كما يلتزمان بكافة المصروفات وكافة الفحوصات الطبية التي تجري على الأم البديلة في أثناء الحمل، وكذلك يتحملان أجور عملية الولادة وأجر الطبيب الذي يهتم بها، ويضاف إليها نفقات الغذاء والسكن والملبس، وأي نفقات أخرى يتطلبها الحمل وتقتضيها مصلحة الجنين حتى الولادة وثمانية أسابيع بعدها.⁽¹⁾ ويسمح القانون في بريطانيا بدفع نفقات معقولة للأم البديلة.⁽²⁾

ويعدّ هذا الالتزام حقاً للأم البديلة فمن حقها الحصول على المصروفات التي تقتضيها عملية الحمل بما فيها من مشاق وآلام وفحوصات طبية وغير ذلك من نفقات أخرى تتطلبها العملية.

وهذا ما أوجبه القوانين أيضاً في ولاية فلوريدا في أمريكا، فيجب أن يتحمل الزوجان كافة المصروفات والنّفقات خلال مدة الحمل.⁽³⁾

ثانياً_الالتزام بتوفير الأمشاج:

إنّ البدء بتنفيذ عقد تأجير الرحم يستلزم توفير البويضات من الزوجة، أو من المرأة، والنطف من الزوج، أو من الرجل في حالة عدم وجود زواج شرعي، لكي يتم تلقيحها ومن ثمّ زرعها في رحم الأم البديلة عن طريق أطباء متخصصين بذلك، وكذلك توفير البويضة أو النطفة أو كليهما من خلال تبرع

(1) د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 99.

(2) Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

(3) Brittany M. Nichol, Id, See; Florida code, § 63-212 (2009).

الغير لهما أو بشرائها من بنوك النطف والأجنة وفقاً لما تسمح به تشريعات كل دولة.⁽¹⁾

ثالثاً_ التعويض عن الأضرار:

يرى بعضهم أن يلتزم الآباء المفوضون بتعويض الأمّ البديلة عن كافة الأضرار والمخاطر غير المألوفة التي تصيبها أو تتعرض لها بسبب الحمل، ويستند هذا التعويض إلى قاعدة تحمل التبعة، كما أنّ موافقة الأمّ البديلة على قبول تحمل تلك الأضرار من دون تعويض، ومن ثمّ إعفائهما من المسؤولية لا يعفيهما من التعويض عن المخاطر المحتملة للعملية لأنّ قبول تلك المخاطر ما هو إلا شرط إعفاء من المسؤولية، وشرط الإعفاء هنا يكون باطلاً إذا ما وقع فعلاً.⁽²⁾

وينتقد هذا الرأي من حيث إنّ تحمل المسؤولية بتعويض الأمّ البديلة لا يقوم على أساس "قاعدة تحمل التبعة"، إنّما على أساس المسؤولية العقدية وذلك عندما يتفق الأطراف في عقد تأجير الرحم على تحمل الآباء المفوضين المخاطر غير المألوفة التي تصيب الأمّ البديلة أو تتعرض لها بسبب الحمل، ما لم تشترط القوانين التي تبيح هذا العقد وتنظم أحكامه تحمل المخاطر الصحيّة والنفسية والجسدية التي يمكن أن تلحق بالأمّ البديلة من جراء هذه العمليات.

(1) د. رائد صنوان، د. عقيل فاضل، المرجع السابق، ص 242.

(2) د. حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 134.

رابعاً_ الوفاء بالأجرة:

ويقصد بها الحصول على مقابل لقاء هذا العمل، فيجب على الآباء المفوضين القيام بدفع الأجرة المتفق عليها إلى الأمّ البديلة أو من ينوب عنها، وفي كل الأحوال يكون دفع المبلغ الّتي تم الاتفاق عليه بعد إنجاز مهمتها،⁽¹⁾ فقد يكون الأجر مبلغاً مقطوعاً شاملاً لمصاريف العلاج والولادة، وقد يكون مبلغاً منفرداً يختلف عن مصاريف العلاج، ويتم دفع الأجرة للأمّ البديلة حتى في حالة الحمل الكاذب، أو الإجهاض غير الإرادي، ويتم الدّفع في الوقت والمكان الّذي تم الاتفاق عليه في العقد.⁽²⁾

وقد منع قانون عام 1990 في المملكة المتحدة، كما قدمنا، دفع مبالغ إلى الأمّ البديلة مقابل حملها، باستثناء المصارف الضّرورية كمصاريف الحمل والغذاء والولادة.. الخ.⁽³⁾ كما أوصت لجنة الخبراء الخاصة بالأخلاقيات الحيوية (CAHBIE) التابعة للبرلمان الأوروبي بأنّه: يمكن السّماح بنظام الأمّ البديلة فقط في حالة عدم حصول هذه الأمّ البديلة على أي تعويضات مادية، وعلى ألا تكون هذه العقود الّتي تنظم الإجراءات ملزمة.⁽⁴⁾

(1) د. حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 135.

(2) د. رائد صنّوان، د. عقيل فاضل، المرجع السابق، ص 242.

(3) See; Section(s.1/A) inserted by Human Fertilisation and Embrology 1990 (s. 4/1) and (s.3/1) (a)).

(4) (تقرير اللجنة CAHBIE، التابعة للمجلس الأوروبي 1986) راجع: يوسف يعقوب السلطان، تقنيات الطب البيولوجية وحقوق الإنسان، سلسلة الكتب المترجمة، الطبعة الأولى، 1996، ص 163.

خامساً_ تسلم المولود:

يقع على عاتق الآباء المفوضين والزَّاعِيبين بالتمتع بالأبوة والأمومة عن طريق الحمل لحسابهما تسلم المولود النَّاتج من هذا الحمل عند ولادته أو في المدة المتفق عليها بعد الولادة.⁽¹⁾

ويلتزم الآباء بتسليم الطَّفل المولود بغض النَّظر عن حالته الصَّحية والعقلية والجسمانية، ولا يحق لهما الامتناع عن تسلمه، حتى لو كان مشوهاً أو به عيوباً خلقية. ولا يجوز لهما بأي حال من الأحوال أن يرفضاً تسلم المولود النَّاتج عن هذا الاتفاق بذريعة التَّشوه أو العيوب الخلقية الَّتِي فِيهِ.⁽²⁾

وبالفعل حصلت هذه الحالة في أمريكا عندما استأجر زوجان رحم امرأة مقابل مبلغ من النقود، ولكن الَّذِي حصل بعد الولادة أن يولد الطَّفل معاقاً ومصاباً بنقص بالغ في الدماغ، وعندها رفض الزوج الاعتراف بالولد، كما امتنع عن دفع المبلغ المتفق عليه للأمَّ البديلة بدعوى أَنَّهُ ليس الأب، إِلَّا أن المحكمة أصدرت حكماً بإلحاق الولد للأب البيولوجي صاحب الحيوان المنوي، فرضي الزوجان أن يعيش معهما الولد.

وقد حاولت بعض القوانين تجنباً لذلك وضع شروط صارمة لعقد تأجير الرَّحم، إذ ينص القانون في ولاية نيفادا على أن يكون العقد مكتوباً، موثقاً وموقعاً من قبل جميع أطراف العقد مع التَّوضيحات المرفقة من المحامي

(1) د. حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 135.

(2) د. رائد صيوان، ود. عقيل فاضل، المرجع السابق، ص 243.

المستقل لكل طرف في العقد. فيتم توقيع الاتفاق قبل البدء بأي إجراءات طبية.⁽¹⁾ فلم يقتصر القانون في ولاية نيفادا على تنظيم بنود وشروط عقد تأجير الرّحم، بل يتناول ما يجب القيام به في حالة خرق العقد. فحتى لو خالف الآباء المفوضون عقد تأجير الرّحم، أي لم ينفذوا التزامهم بتسليم الطّفل، فينص القانون على أنّ أحد الوالدين المفوضين في العقد يعدّ مسؤولاً عن الطّفل،⁽²⁾ وفي حال عدم امتثال أحد الطّرفين تحدد المحكمة التزامات الطّرفين، على الرّغم من أنّ القانون لا يتضمن موافقة المحكمة على اتفاق تأجير الرّحم، إنما يتضمن إرشادات واضحة حول الاتفاق ويحدد التزامات الأطراف في حالة حدوث الخرق.⁽³⁾

الفقرة_2_ حقوق الآباء المفوضين:

كما يرتب عقد تأجير الرّحم التزامات على الآباء المفوضين يرتب لهم حقوقاً أيضاً، وتتمثل حقوق الآباء المفوضين بقيام الأمّ البديلة بالوفاء بالتزاماتها، ومنها الالتزام بقبول زرع البويضة المخصبة في رحمها، ومن ثمّ اتباع التّعليمات والإرشادات الطبية، والعناية بالجنين.. الخ .

وتنص القوانين في ولاية تكساس وفرجينيا الأمريكيّة على القيام بدراسة منزلية للآباء المفوضين وتقديم المشورة لهم، لضمان توعيتهم بالمسائل التي يمكن أن تنشأ عن الدّخول في عقود تأجير الأرحام ليكونوا على دراية بالحقوق

(1) See; Nevada. Code , Id, Art;(3).

(2) See; Id

(3) See; Brittany M. Nichol, Id, p;926.

والالتزامات القانونية والمخاطر المرتبطة بأطراف العقد.⁽¹⁾ ويتطلب القانون في ولاية فرجينيا أن يتلقى الأطراف المشورة بشأن الآثار المترتبة على عقد تأجير الرّحم من قبل اختصاصي الرعاية الصّحية أو الاختصاصي الاجتماعي.⁽²⁾

كما تتطلب القوانين في ولاية تكساس وفرجينيا، أن تتم الموافقة على اتفاق تأجير الرّحم من قبل الجهات القضائية، فيجب تقديم طلب من قبل الآباء المفوضين إلى المحكمة، وذلك للتحقق من صحة الاتفاق بالتأكد من الوفاء بالمتطلبات المنصوص عليها في القانون.⁽³⁾

ويتبن لي مما سبق محاولة التشريعات، التي أباحت عقد تأجير الرّحم، من تنظيم بنود وشروط هذا العقد، ووضع شروط صارمة تضمن تنفيذه. وفي الحقيقة على الرّغم من محاولة تلك التشريعات إحاطة هذا العقد بإطار قانوني يضمن تنفيذه، إلا أنّها لن تستطيع حصر المشكلات القانونية التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد، كونه يتعلق بمصير الطّفل، بالدرجة الأولى، فحتى لو حاولت تلك التشريعات إلزام الأطراف وعلى وجه الخصوص، الآباء المفوضين، عند خرق العقد، وذلك بتحميلهم المسؤولية عن الطّفل، الذي ولد نتيجة لاتفاقهم مع الأمّ البديلة بالحمل به لمصلحتهم، فلن تستطيع حماية الطّرف الأضعف في العقد وهي الأمّ البديلة.

(1) See; id .

(2) See; id.

(3) See; id.

المطلب الثاني

التزامات الأم البديلة وحقوقها

يرتب عقد تأجير الرّحم التزامات وحقوق لكل من طرفيه، في الدّول الّتي تبيح هذا العقد وتتعترف بمشروعيتها، فينشأ هذا العقد في ذمة المرأة صاحبة الرّحم " الأمّ البديلة" والّتي قبلت بشغل رحمها بحمل لحساب الغير جملة من الالتزامات الملقاة على عاتقها، وفي الوقت ذاته يترتب لها حقوقاً. وسوف نبين في هذا المطلب التزامات الأمّ البديلة وحقوقها.

الفقرة 1_ التزامات الأمّ البديلة:

لا تقتصر التزامات الأمّ البديلة على الاتفاق الأساسي بحمل الطّفل خلال فترة معينة، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لنقل الحضانة الفعلية والقانونية إلى الطّرف الآخر، إنّما يفرض عقد تأجير الرّحم التزامات أخرى على الأمّ البديلة، فعلى سبيل المثال تفرض القوانين في ولاية تكساس أن تكون الأمّ البديلة متزوجة، وأن يكون زوجها طرفاً في الاتفاق، وسوف أبين هذه الالتزامات وفق ما يأتي:

أولاً_ أن تقبل بزرع البويضة المخصبة في رحمها:

إذا ما أبرم عقد تأجير الرحم تلتزم الأمّ البديلة بتقديم رحمها خالياً من حقوق الغير عليه، وذلك أن يكون رحمها غير مشغول بحمل للغير وأن تكون طاهرة من الحيض والنفاس وسليمة من الأمراض المعدية والخبثية.⁽¹⁾

إنّ مرحلة زرع البويضة المخصبة هي مرحلة تلي مرحلة تخصيب البويضة بالحيوان المنوي مخبرياً، حيث يجري تلقيح خارجي بين نطفة الأب المفوض وبويضة الأمّ المفوضة، ومن ثمّ تزرع البويضة المخصبة في رحم الأمّ البديلة، التي قبلت بشغل رحمها لمصلحتهما، فهنا يجب أن تقبل هذه الأخيرة بإجراء كافة الفحوصات الطبية التي تمهد وتسبق عملية الزرع أي قبل التلقيح وفي أثناء الحمل وعند الوضع.⁽²⁾

حيث تلتزم أن تكون تحت إشراف طبي مستمر وكامل طوال فترة الحمل. وأن تحتضن البويضة المخصبة طوال فترة الحمل، وأن تلتزم بتعليمات الطبيب المشرف، وتتص بعض القوانين على أن تخضع الأمّ البديلة لفحص طبي حول قدرتها على الحمل، منها قانون ولاية نيفادا ومشروع قانون حماية الطفل في نيويورك.⁽³⁾

(1) د. حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص137.

(2) د. سعيد جاسم محمد، عقد تأجير الرحم، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة بابل، العراق، العدد الأول، السنة السابعة، 2015، ص 125.

(3) Article(581 -404) of Child-parents Security Act (a)(2), Also Nevada. Code, Id, Art; (3).

ثانياً_ المحافظة على الجنين:

ينص عقد تأجير الرَّحم، عادةً، على تحديد سلوك وتصرفات الأمّ البديلة بما يضمن سلامة الجنين الذي سوف يصبح الطّفل المنشود، ولكن على ما يبدو لا ينص العقد على الإجهاض الإجباري في حالة وجود عيوب بالجنين.⁽¹⁾

فيجب أن تلتزم الأمّ البديلة بكافة التعليمات التي تعطى لها من الجهة الطّبية التي تتم تحت إشرافها ورقابتها عملية الحمل والولادة، كما تلتزم بالخضوع لكافة الفحوصات الدّورية الطّبية.

وتلتزم عدم تعريض الجنين لمخاطر الإسقاط المتعمد أو أي خطر آخر، وتلتزم بكافة التّعليمات والنّصائح التي ينصح بها الأطباء النّساء الحوامل؛ ولعل أهم الإرشادات ما يتعلق بالغذاء من حيث تناولها لوجبات طعام منتظمة تحتوي على العناصر اللازمة للمحافظة على صحتها وصحة الجنين معاً، وكذلك الابتعاد عن الرّياضة المتعبة والعنفية وعدم رفعها الأشياء الثّقيلة.⁽²⁾

وقد يتطلب الاتفاق إتباع الأمّ البديلة الإرشادات الطّبية من قبل عيادات تأجير الأرحام وإجراء اختبار طبي بقدرتها على الحمل مثلاً، وقد يطلب منها الامتناع عن شرب الكحول أو التّبغ أو المخدرات.. الخ، والامتناع عن العلاقة الجنسية في الوقت الذي يتم فيه زرع البويضة المخصبة في رحمها، كما تمنع

(1) يوسف يعقوب السلطان، تقنيات الطب البيولوجية..، المرجع السابق، ص161.

(2) د. حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 137.

المرأة من الإجهاض ما لم يكن ضرورياً لإنقاذ حياة الأم البديلة أو كان الطفل يعاني من تشوهات وراثية.⁽¹⁾

مما تجب ملاحظته أنّ التزام الأم البديلة هو التزامٌ ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، إذ تبرأ ذمتها متى ما تحققت أو بذلت تلك العناية سواء تحققت الغاية وهي ولادة الجنين حياً أو لم تتحقق، إذا ما ولد ميتاً.

ولما كان عقد تأجير الرحم عقد من عقود المعاوضة، أي أنّ الأم البديلة تأخذ مقابل ما دياً لقاء حملها لحساب الغير فإنّ العناية المطلوبة هنا للمحافظة على الجنين هي، عناية الرجل المعتاد، حتى لو كانت عنايتها لحملها الخاص بها أقل من ذلك.⁽²⁾

ويعدّ التزام الأم البديلة بالعناية بالجنين من حقوق الزوجين صاحبي البويضة المخصبة التي يرتبها عقد تأجير الرحم.

ويتساءل بعضهم هنا ماذا لو سقط الجنين من رحم الأم البديلة، أو أجهض لسبب ما، فما مدى مسؤولية الأم البديلة عن هذا العمل؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نميز بين الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا كان سقوط الجنين بسبب تدخل طبي متعمد تم وفق الأصول الفنية، وكان هذا التدخل الوحيد لإنقاذ الأم البديلة، فعلى الطبيب أن يضحى

⁽¹⁾ See; Circuit Court for Howard Country ,June .10 ,1992. No. 90 AD 1602. At p.5.

⁽²⁾ د. حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص 140.

بحياة الجنين، متى كانت حياة الأم البديلة، وحياة الجنين على المحك، ويتم ذلك من دون موافقة مسبقة من الزوجين" صاحبي البويضة المخصبة".

الحالة الثانية: أن يتم إسقاط الجنين من خلال عمل مقصود، يهدف إلى إنهاء حياة الجنين، سواء أتم من خلال أفعال أقدمت عليها الأم البديلة مع غيرها، أو قام بها شخص آخر بمفرده فيسأل الفاعل، والمتسبب، والمشارك عن جريمة الإجهاض.⁽¹⁾

ثالثاً_ تسليم الطفل:

تلتزم الأم البديلة بتسليم المولود إلى والديه، صاحبي البويضة المخصبة،⁽²⁾ عند الوضع والولادة أو عند الوقت الذي تم الاتفاق عليه. حيث تتعهد بأن من تضعه سيكون ابناً لكل من فلان وفلان، وأنه ليس لها حق المطالبة بأي شيء خاص به، وليس لها أية حقوق مادية أو معنوية، سوى ما يتم الاتفاق عليه في بنود العقد. وتسليم الطفل عند انتهاء فترة الحمل وبعد الولادة، وعادة ما يتفق على هذا الشرط صراحة في بنود العقد تجنباً لحدوث المشكلات.

ولكن وجود هذا الشرط لا يمنع الأم البديلة من رفضها تسليم الولد نظراً للروابط التي تنشأ بينها وبين الطفل في أثناء الحمل، ففي قضية "كيم كوتون" التي تقاضت أجراً لتلّجح صناعياً وتحمل لصالح زوجين أمريكيين لا ينجبان،

(1) د. ناديا قزمار، المنظور القانوني والشرعي لعقد تأجير الرحم، المرجع السابق، ص42.

(2) وقد حكمت العديد من المحاكم الأمريكية بتسليم المولود إلى أبويه البيولوجيين، صاحبي البويضة الملقحة، في أحكام متعددة منها حكم محكمة (Baby M) بولاية كاليفورنيا، والتي أصدرت حكماً بضم الطفل إلى والديه بتاريخ 22 أكتوبر عام 1990. (مكرر)

رفضت تسليم الطفلة، بداعي الأمومة، إلى الزوجين اللذين دفعا النفقات لإحدى وكالات تأجير الأرحام.⁽¹⁾

إذ تعترف النظرة النفسية والاجتماعية لحقوق الإنسان بأهمية مشاعر الأم البديلة نحو الطفل الذي كان جزءاً من جسدها طوال فترة الحمل الطويلة، إذ يتحدث بعضهم عن مجرد رحم مؤجرة كما لو كان لا يتصل بإنسان أو يعني أحداً. ويعدّ هذا من بين أهم الأسباب التي جعلت معظم الدول تنظر إلى أنّ عقود تأجير الأرحام يعدّ أمراً خارجاً عن القانون.

كما أوصت اللجنة الأوروبية بالألا يكون التعاقد ملزماً ضد الأم البديلة، التي قد تغير رأيها في أي مرحلة من مراحل الحمل أو بعد الولادة.⁽²⁾ وهذا يحفظ لها استقلاليتها الذاتية ويؤيد دعواها ضد دعوى الأب البيولوجي للطفل، فإذا كان العقد ملزماً فإنّ ذلك يعدّ مثيلاً لبيع الإنسان نفسه كرقيق، أما إذا كان العقد غير ملزم قانوناً فإنّ ذلك يؤدي إلى تحطيم الطفل عاطفياً أو وصمه بالعار.⁽³⁾

ويرى بعضهم أنّه: في حالة وفاة أحد الزوجين فعليها تسليمه للآخر الذي بقي على قيد الحياة، وفي حالة وفاة الزوجين فيتم تسليمه إلى الموصى له، وإن لم يوجد من يتسلمه من الأقارب الأحياء ألحقه القاضي بإحدى دور الأيتام، هذا إذا كانت الأم صاحبة الرحم التي ولدته غير راغبة في الاحتفاظ بالمولود.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ See; Yehezkel Margalit, From baby M to Baby M..id, Volume 24

⁽²⁾ (Glover 1989) انظر: د. يوسف السلطان، المرجع السابق، ص164.

⁽³⁾ المرجع السابق، ص164.

⁽⁴⁾ د. حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص141.

وهذا الرأى ينعكس سلباً على الآراء التي تقر تأجير الأرحام، فقد تعود المجتمع على استقبال اليتامى واللقطاء فأوجد لهم المؤسسات الخاصة لرعايتهم، أما عقد تأجير الرّحم فسيجبر المجتمع على تقبل أعداد كبيرة من الأطفال لا هم لقطاع ولا يتامى لزجهم في دور الأيتام، فقد يتوفى الوالدان أو يرفض الاعتراف بهم.

الفقرة -2- حقوق الأمّ البديلة:

يسبب الحمل، على نحو عام، في جميع حالاته المخاطر الصحيّة والأضرار الجسدية والنفسية، بما في ذلك التي تحدث في البلدان المتقدمة بأنظمة الرّعاية الصحيّة العامة المتقدمة.⁽¹⁾ ويسبب تأجير الرّحم، على نحو خاص، أضراراً جسدية ونفسية قاسية على الأمّ البديلة التي تتحمل عناء الحمل والولادة لتذهب ثمرة جهودها لغيرها، من دون أن تتلقى أي عناية طبية أو نفسية بعد الولادة.

إذ يمكن أن يتضمن الاتفاق بين أطراف عقد تأجير الرّحم تحمل المسؤولية عن جميع الأضرار التي تلحق بالأمّ البديلة من جراء هذا الحمل. فلم تضمن معظم التشريعات التي أباحت هذا العقد التّأمين الصحيّ للأمّ البديلة أو العلاج النفسي لها بعد انتزاع الطّفل منها فور ولادته.

وينص مشروع قانون حماية الآباء والأطفال في ولاية نيويورك في أمريكا على أن تحصل الأمّ البديلة على بطاقة تأمين صحي، من قبل الآباء

⁽¹⁾ See; the Child-parents Security Act.

المفوضين، تغطي نفقات العلاج حتى ثمانية أسابيع من الولادة على الأقل، وذلك حمايةً لها من الاستغلال ومن المخاطر الطبية التي قد تنشأ عن الحمل.⁽¹⁾

والمشكلة هنا أنّ الأمهات البديلات يوفرن خدماتهن من دون حساب لكافة المضاعفات الناجمة عن العلاج الهرموني أو مخاطر الحمل التي تمتد بين النّزف وموت الجنين (انتهاء العقد) والعمليات القيصرية. وتحسب للنساء أحياناً مبالغ إضافية لقاء الحمل والعمليات القيصرية.

وقد تضمنت بعض القوانين شروطاً لصحة عقد تأجير الرّحم تتعلق بالأم البديلة، نذكر أهمها:

أولاً_ أن تكون الأم البديلة في سن مناسبة للإنجاب:

اشتطت بعض القوانين سناً قانونياً للحمل لمصلحة الغير، أنّ تكون المرأة التي تتولى الحمل بالغة سن الرشد، ومنها قانون ولاية فلوريدا، فيجب أن تتم الأم البديلة 18 عاماً. وينص مشروع قانون حماية الآباء والطفّل في نيويورك، المشار له سابقاً، أن تتم المرأة 21 عاماً على الأقل، وأن تقبل المرأة الخضوع للفحص الطبي والمراقبة خلال مدة الحمل.⁽²⁾

⁽¹⁾ See; Id, Article 581 –404 (a)(4).

⁽²⁾ See; id, Article 581 –404 (a) (1)".

كما ألزم قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة في بريطانيا الجهات الصحية بإجراء تحاليل نفسية وفيزيائية للأمّ البديلة، واشترط فيها أن تتجاوز الـ 35 من عمرها، وأن يكون قد سبق لها الإنجاب.⁽¹⁾

إذ لا يمكن لأي امرأة أن تقدم خدماتها بالحمل لمصلحة الغير قبل أن تتم السن القانونية لذلك. وبالمقابل سكنت القوانين الأخرى، التي أباحت عقد تأجير الرحم، عن تحديد سن قانونية للأمّ البديلة.

ثانياً_ موافقة المرأة على الحمل:

يعدّ التراضي ركناً من أركان العقد، ويقصد به توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني، فإن لم توجد الإرادة لأي سبب كان، فإن الرضا لا يتوفر ومن ثم لا ينعقد العقد. ولكي يتوافر الرضا في العقد يجب أن تكون الإرادة صحيحة واعية صادرة من شخص ذي أهلية مدركا لماهية العقد، فعدم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون لا إرادة لهما.⁽²⁾

فينبغي أن تكون إرادة المرأة خالية من العيوب التي تشوب الرضا والمتمثلة بالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، والتي إذا ما وجدت جعلت العقد موقوفاً على إجازة المتعاقد الذي شاب العيب إرادته أو يكون قابلاً للإبطال.

⁽¹⁾ See; Section(s.1A) inserted by Human Fertilization and Embrology1990 art; 4(1) and(s.3(1) (a).

⁽²⁾ للمزيد حول ركن الرضا راجع: د.وحيد الدين سوار، ج1، المرجع السابق، ص.

ويلاحظ أنّ عقود تأجير الرّحم يصعب إبطالها بعد انعقادها خاصة بعد البدء بتنفيذها، لعيب أصاب رضا الأمّ البديلة، وذلك لأنّ تنفيذ هذا العقد يبدأ باستدخال البويضة المخصبة للزوجين في رحم المرأة التي قبلت شغل رحمها بهذه اللقيحة، وإبطال العقد يؤدي إلى آثار غير مرغوب بها فيما يتعلق بحمل الجنين ووضعه طفلاً.

إذ يجب الحصول على الموافقة من قبل المرأة على أن تصبح أمّاً بديلة، فمن حق الأمّ البديلة ألا تجبر على أداء هذه الخدمة. كما تشترط بعض القوانين أن توافق الأمّ البديلة على التخلي عن حقوقها كأمّ تجاه المولود من خلالها العقد، بينما تشترط قوانين أخرى وجود موافقة خطية للأمّ البديلة لنقل نسب الطّفل إلى الآباء المفوضين، حين تنص المادة (53) من القانون البريطاني لعام على 2008 على وجود موافقة خطيّة ومجانيّة وغير مشروطة من قبل الآباء الثّانويين (الأمّ البديلة وزوجها) وذلك خلال ستة أسابيع من ولادة الطّفل، لنقل نسب الطّفل إلى الآباء الذين طلبوا استئجار الرّحم.⁽¹⁾

ويرى بعض المؤيدين لعقد تأجير الرّحم أن موافقة المرأة الكاملة والحرّة على أن تصبح أمّاً بديلة يدخل ضمن أخلاقيات هذه الممارسات.⁽²⁾ وإنّ حظر عقد تأجير الرّحم يحد من حرية النّساء في استخدام قدراتهن الإنجابيّة، وأنّه يقيد استقلالية النّساء في اتخاذ قراراتهن الخاصة بشأن الطّريقة التي يقضون بها وقتهن ومواهبن، فللمرأة إرادتها الحرّة والمستقلة، كونها تتمتع بالقدرة على اتخاذ

(1) See ; paragraph (3)& (7) of Article 54 of the 2008 Act.

(2) Surrogacy law and policy in the U.S, Id, p;26.

قرارات أساسية بشأن حياتها، بما في ذلك الخيارات العملية في ضوء واقعها العملي والفرص المتاحة. إضافة إلى أن تأجير الرّحم مثله مثل أي شكل من أشكال العمل، لذلك من الأفضل توفير الحماية اللازمة للأمّ البديلة بقوانين ولوائح تحد من الظروف التي تزيد من الاستغلال.⁽¹⁾

ويرد على ذلك المعارضون لعقد تأجير الرّحم أنّ حرية التعاقد لا تكفي لتبرير هذا العقد، ذلك أنّ المرأة غالباً ما تكون مجبرة على الدّخول في مثل هذه العقود، بسبب الضّغوط الاجتماعيّة والثّقافيّة، إضافة إلى الطّبيعة الفريدة للحمل والولادة. إذ أنّ التّغيرات الهرمونيّة والبيولوجيّة والنفسيّة، التي تتعرض لها المرأة في أثناء الحمل والولادة، والرّوابط التي تنشأ بينها وبين الطّفل يجعل من الصّعب جداً أن توافق المرأة على أن تصبح أمّاً بديلة، إلّا إذا كانت لم تجرب من قبل الحمل والولادة.⁽²⁾ إذ يجب على الأمّ البديلة أن تأخذ جرعات كبيرة من الهرمونات من أجل إعدادها للحمل، مما يؤدي إلى آثار جانبية خطيرة، كل ذلك يؤثّر في قدرتها في اتخاذ القرار عند التّفاوض على العقد.⁽³⁾ ومن جهة أخرى تفقد الأمّ البديلة تقديم الموافقة بشكل جدي، وعلى نحو خاص، عندما تكون عرضة للاستغلال من قبل الوسطاء أو الوكلاء في وكالات وعيادات تأجير الأرحام التي تتوسط لمساعدة الأزواج الأثرياء، فهم غالباً من الطبّقات المتعلّمة والثّرية، بينما تكون الأمّهات البديلات من النّساء الفقيرات، العازبات، والشّابات، والأقليات العرقية...الخ، فتكون المرأة هي الطّرف الضّعيف في هذا

(1) See; Surrogacy law and policy in the U.S, Id, p;26.

(2) See; Id.p;26.

(3)See; Id

الاتفاق، وذلك بسبب الفقر والحاجة إلى المال، فقد تخشى ألا يتم استئجارها، إضافة إلى عدم تمثيلها قانوناً، أو تقديم خدمات طبية أو نفسية لها.⁽¹⁾ فلا يوجد تكافؤ من الناحية الاجتماعية والاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة مما يؤدي إلى أحكام غير عادلة بالنسبة إلى الطرف الأضعف عاطفياً واقتصادياً واجتماعياً، وذلك بسبب الإجراءات والتلاعبات التي يمكن أن يقوم بها الطرف الأقوى خلال المفاوضات، والتي تنتهي بعدم المساواة والضّرر للطرف الأضعف " الأمّ البديلة".⁽²⁾

ويؤيد هذا الانطباع مكتب الكونجرس الأمريكي للتكنولوجيا في تقريره عن نتائج بعض الدراسات، ومن بينها تقارير عن خدمات الأمّ البديلة، فيتضح من البيانات أنّ النساء اللائي تطوعن للعمل كأمهات بديلات أقل في مستوى التعليم والمستوى الاقتصادي عن مستوى الأسر التي استأجرتهن.⁽³⁾

إذ يعدّ هذا العقد إهداراً لإنسانية الأمهات البديلات، فقد يصبحن من حيث المبدأ طبقة محرومة اقتصادياً واجتماعياً، تتجلب لصالح الأثرياء من الناس، ومن جهة أخرى كما في حالة بيع عضو من أعضاء الجسم، وبيع الأنسجة

⁽¹⁾See; Id, p.26- 27.

⁽²⁾ Molly J. Walker Wilson, Precommitment in free-market procreation; Surrogacy commissioned Adoption, and limits on Human Decision Making Capacity, 31 J.LEGIS. 329.341(2005) see; id.

⁽³⁾ الكونجري، (1988/ب) انظر: د. يوسف يعقوب السلطان، المرجع السابق، ص 160.

الجنينية، وقد يكون المبرر الذي يدفع إلى العمل هو حق المرأة في كسب عيشها بالطريقة التي تراها مناسبة وصالحة.⁽¹⁾

ويتبين مما سبق عدم قدرة التشريعات التي أباحت عقد تأجير الرحم على معالجة آثار هذه العلاقة القانونية المعقدة كونها تتعلق بمصير طفل قد يرفض الزوجان اللذان أبرما العقد استلامه، وقد ترفض الأم البديلة استلامه ليكون مصيره إحدى دور الأيتام. و من ناحية أخرى قد تمتنع الأم البديلة عن تسليم الطفل، وذلك كما حدث في قضية (Johnson v. Calvert) وفي قضية (Baby M)، الشهيرتين، ففي كلتا القضيتين قامت الأم البديلة بإبرام اتفاق بالحمل لمصلحة الغير، ولكنها قررت بعد الولادة الاحتفاظ بالمولود.⁽²⁾ لذا يفضل بعض الآباء المفوضين أن تكون الأم البديلة متزوجة ولديها أولاد، حتى تستطيع توفير الدعم البدني والنفسي للطفل، ولا يرجح أن ترغب في الاحتفاظ بالطفل إذا كان لديها أطفال بالفعل.

وعلى الرغم من ذلك لا يمكن تنظيم آثار هذا العقد فماذا لو رغبت الأم البديلة بإنهاء العقد؟ إذ نصت بعض القوانين على حق الأم البديلة في أخذ الطفل والامتناع عن تسليمه خلال السبعة أيام الموالية للولادة، وإنهاء العقد.⁽³⁾ وماذا لو رفض الآباء تسلمه لقدمه مشوهاً! وهذا ما يؤكد ضرورة منع هذه العقود التي تنافي حقوق الإنسان، وعلى نحو خاص حقوق المرأة وحقوق الطفل.

(1) د. يوسف يعقوب السلطان، المرجع السابق، ص173.

(2) وقد تم ذكر هذه القضايا سابقاً في الباب الأول من الرسالة، الفصل الثاني، فقرة (2).

(3) See; Florida code n°63-212 (2009)

الفصل الثاني

آثار عقد تأجير الرّحم بالنّسبة إلى الطّفل

تمهيد:

يعدّ النّسب⁽¹⁾ أول حق يكتسبه الطّفل بعد ولادته، وهو أهم حق لأنّ ثبوته يستتبع حتماً حقوقاً أخرى، تنفرع من حقه في النّسب، وتتصل بفروع كثيرة بالقانون، مثل حقه في العناية والتّربية، وفي الحضانة والنّفقة، والميراث. كما تترتب على النّسب أحكاماً كثيرة، مثل أحكام النّكاح كحرمة الزّواج بالمحارم، وأحكام الولاية على المال أو النّفس، وأحكام الوصية من صحة وبطلان.. الخ. وقد اهتمت القوانين الوضعيّة عموماً بتنظيم النّسب.

وتختلف القوانين في تنظيمها للنّسب، فبينما حصرت الشّريعة الإسلاميّة العلاقة الجنسية في دائرة عقد الزّواج الشرعي حفظاً للأنساب ونقائها، وهو ما أخذت به التشريعات العربيّة المستمدة من الشّريعة الإسلاميّة؛ وعلى خلاف ذلك فإن مفهوم النّسب يختلف في القوانين الوضعيّة الغربيّة، حيث اتجهت

(1) وقد عرفه العلامة البكري بأن " القرابة، والمراد بها الرّحم، وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة، قرابت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم " البكري، الرحبية في علم الفرائض بشرح سبط المارديني وحاشية العلامة البكري، علق عليهما وخرج أدلتهما د. مصطفى البغا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثامنة، 1998، ص32. كما عرف النّسب بأنه: " القرابة بالرّحم وهي الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة والعمومة والخؤولة. " أو هو إلحاق الولد بوالديه أو بأحدهما قرابة" أوان عبد الله الفيضي، أحكام حق النّسب، دراسة تأصيلية مقارنة، ط1، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2015، ص19.

التشريعات في الدول الغربية، وخاصة الأوروبية، إلى تجاوز نطاق الزوجية في موضوع إثبات النسب بالتسوية بين النسب الشرعي وغير الشرعي، فيعترف القانون بالنسب على قدم المساواة بين الأطفال المولودين نتيجة زواج رسمي "البنوة الشرعية"، والأطفال المولودين من غير زواج رسمي "البنوة الطبيعية" كما يعترف بالبنوة بالتبني للأطفال.⁽¹⁾

ويثور التساؤل في بحثنا عن نسب طفل ولد نتيجة عملية تأجير الأرحام، لمن ينسب الولد؟ فقد نشأت صعوبات ومشكلات في تحديد نسب الطفل من جهة الأب كما من جهة الأم. وكذلك الأبوة "الأب البيولوجي صاحب النطفة" والأب "زوج صاحبة الرحم". وسوف نبحت في نسب طفل تأجير الأرحام في مبحثين:

المبحث الأول: آثار عقد تأجير الرحم في القوانين التي تحرمه.

المبحث الثاني: آثار عقد تأجير الرحم في القوانين التي تبيحه.

⁽¹⁾ Hague Conference on Private International Law, Report on issue arising from International Surrogacy Arrangements, March 2011.p;4.

المبحث الأول

آثار عقد تأجير الرّحم في القوانين التي تحرمه

لا شك أنّ موضوع النّسب من الخطورة بمكان، وذلك لما يترتب عليه من نتائج خطيرة تؤثر في المجتمع وفي العلاقات الاجتماعية. لذلك عملت القوانين الوضعيّة وقبلها الشّريعة الإسلاميّة على حفظ الأنساب من الضياع، وتعدّ الشّريعة الإسلاميّة من أهمّ التّشريعات التي اعتنت بالطفّل وشرعت له حقوقاً تصونه من الجور، ومن هذه الحقوق حق الطّفّل في النّسب إلى والديه، وحقه في الحضانة، والرّعاية، والثّقفة، وكذلك الحق في الرّضاعة، و به يكون المولود جزءاً آخر من أمه. كما أنّ حفظ النّسب من الكليات الخمس في الشّريعة الإسلاميّة؛ لأنّ الأسرة هي الدّعامة الأولى في المجتمع فهي الركن الأساسي فيه.

فقد أسس الفقه الإسلامي قواعد وأحكام لثبوت النّسب مثل " قاعدة الولد للفرش" فهي الأساس الذي بني عليه ثبوت النّسب في بعض القوانين الوضعيّة التي استمدت أحكامها من الشّريعة الإسلاميّة. ويثبت النّسب بأدلة أخرى أهمها: الإقرار، والبيّنة، والقيافة، والقرعة، وهذه الأدلة تناولها فقهاء القانون والشّريعة الإسلاميّة والباحثون من أهل الطب المعاصر، لذا يكتفي بالرجوع إليها وهذا لعدم الإطالة،⁽¹⁾ وهناك دليل آخر نتيجة النّطور البيولوجي والتّقنيات

(1) يثبت النّسب من عدة أسباب التي يعدّ منها عقد الزواج الصحيح ، والاستيلاد الذي يقصد به معاشرّة السيد لجاريته بشروطها المعتبرة. وبأنّ هذا الأمر قد انتهى في عصرنا الحاضر، فالأمر يقتصر على عقد الزواج والذي يتفرع عنه: عقد الزواج الصحيح، عقد الزواج الفاسد، عقد الزواج

الطَّبية الحديثة، وهو البصمة الوراثية، أي المعيار البيولوجي، مما يقتضي التَّعرض له بشيء من الإيجاز المناسب لطبيعة الموضوع على التَّوالي من خلال استقراء النصوص القانونيّة الوضعيّة في فرنسا والجزائر، والإمارات العربيّة المتحدّة، وسورية، ومصر، والتي حرمت عقد تأجير الرّحم، كما قدمنا، وفي الشّريعة الإسلاميّة أيضاً.

فقد كان الولد ينسب إلى الزَّوج لأنّه يخلق من نطفته على فراش الزَّوجيّة، وينسب للزوجة كونه أيضاً مخلق من بويضتها، وحملته وهناً على وهن ثم وضعته، فهي أمّه لا شك في ذلك وهو ابن لزوجها، كونها مقتصرة على زوجها من دون غيره، فجاء التلقيح الصّناعي وتأجير الرّحم على وجه الخصوص بأحوال وأوضاع قلبت ذلك التّصور البسيط، لتنشأ صعوبات ومشكلات في تحديد النّسب من جهة الأب كما من جهة الأمّ.

إذ أنّ النّسب من أهم الآثار المترتبة على الإنجاب، سواء أكان طبيعياً أم صناعياً كتأجير الأرحام، فهو يلعب دوراً كبيراً في أنّه الأصل الذي يتفرع عليه الأحكام، ومن ثمّ إذا ثبت النّسب ثبتت جميع الحقوق المتفرعة عنه، كالميراث وكذلك الحضانة والوصية وغير ذلك، وإذا انتفى النّسب انتفيا. لذا سوف أتناول نسب الطّفل المولود نتيجة عقد تأجير الرّحم في بعض القوانين الوضعيّة التي حرّمته (المطلب الأوّل) وفي الشّريعة الإسلاميّة (المطلب الثّاني)

الباطل، وما يلحق بهذا العقد من الخلوة الصحيحة، و الوطء بشبهة الفراش.... للمزيد راجع: محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط3، ج4، 2011، ص13. عبد الرّحمن الصابوني، شرح الأحوال الشخصية، ج2، منشورات جامعة دمشق، 2003-2004، ص 252 وما بعدها.

المطلب الأول

نسب الطفل المولود نتيجة عقد تأجير الرحم في بعض القوانين الوضعية التي تحرمه

يتعارض عقد تأجير الرحم في أحكام وقواعد النسب في بعض قوانين الدول العربية التي حرمت هذا العقد، والتي أغفلت البحث في نسب طفل ولد نتيجة عملية تأجير الرحم. إلا أنه يمكن القول، من وجهة نظري، إن عدم مشروعية عقد تأجير الرحم لمخالفته للقواعد العامة والنظام العام، لا يمنع من البحث في نسب الطفل المولود من خلال استعراض النصوص القانونية المتعلقة بقواعد إثبات النسب.

حيث إن الهدف من عقد تأجير الرحم في نسب الطفل إلى الآباء، الذين طلبوا استئجار الرحم، يتعارض مع قاعدة "الولد للفراش" التي تبنتها بعض التشريعات، في حال وجود فراش شرعي للأُم البديلة. فقد أعطى كل من القانون الجزائري، والقانون الإماراتي، والقانون السوري، والقانون المصري، إمكانية النسب إلى الأب بناء على قرينة الأبوة الناتجة عن فراش الزوجية بغض النظر عن قيام العلاقة البيولوجية بينهما من عدمه، والحكمة من ذلك منح الطفل الاستقرار العائلي، وفي المقابل أعطى الزوج إمكانية نفي أو إنكار النسب، ولكن ليس على إطلاقه بل قيده بوقت حفاظاً على مستقبل الطفل من الضياع، فعلى الزوج الذي يرغب في إنكار نسب المولود من زوجته أن يسرع في اتخاذ الإجراءات خلال المدة المقررة قانوناً، وهي تقريباً عقب الولادة بفترة زمنية

قصيرة؛ أما من جهة الأم فالنَّسب ثابت للأمِّ بواقعة الولادة. ولكن تغير الأمر بعد التطور العلمي في مجال الإنجاب، ولا سيما بعد ظهور الإنجاب المساعد طبيّاً، وما نتج عنه من إشكاليات وعلى وجه الخصوص تأجير الرَّحْم.

وسوف نبحث نسب طفل ولد نتيجة عملية تأجير الرَّحْم وفقاً لأحكام النَّسب في القانون الفرنسي، والجزائري، السوري، والإماراتي، والمصري وفق ما يأتي.

الفقرة -1- في القانون الفرنسي:

يعترف القانون الفرنسي بثلاثة أنواع من النَّسب، وهي:

- النَّسب الشرعي للأطفال المولدين نتيجة زواج "la filiation légitime".
- النَّسب الطبيعي للأطفال المولدين من غير زواج "la filiation naturelle".
- النَّسب بالتبني، ويكون بحكم قضائي "la filiation adoptive".⁽¹⁾

وقد ساوى القانون الفرنسي منذ عام 1972 بين حقوق الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين، حيث كان المشرع الفرنسي يصنف الأولاد إلى صنفين:

(1) نظم المشرع الفرنسي على غرار التشريعات الغربية نظام التبني وقتن أحكامه في تشريعاته الداخلية متماشية مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها والمتعلقة بحقوق الطفل، إذ وردت أحكام التبني في قانونها الداخلي، وقد تناوله القانون المدني الصادر بتاريخ 1958/12/23، ولقد نص القانون على أن للمتبنى نفس الحقوق والواجبات المعترف بها للابن الشرعي، فهو يعامل بنفس مرتبة الطفل الشرعي. للمزيد انظر:

Laure Montillet, la nation de filiation en droit comparé droit français et droit anglais, thèse pour doctorat en droit privé, Université Panthéon Assa, 2013, p.39 et s.

أطفال شرعيون وأطفال غير شرعيين، ويعُدُّ ولدًا شرعياً كل ولد ناتج عن زواج، بينما الولد يكون غير شرعي إذا ولد خارج إطار الزواج. ثم يصنف الأولاد غير الشرعيين إلى صنفين: الأول الأطفال الناتجون عن علاقة رجل وامرأة بغير زواج، والثاني الأطفال الناتجون عن علاقة بين رجل وامرأة أحدهما أو كلاهما متزوج، ويسمى هذا الأخير ابن زنا، إلا أن المشرع الفرنسي عدل قواعد النسب بموجب القانون رقم 2005/709 الصادر بتاريخ 2005/7/4، ولم تعد هذه الأحكام تميز بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي⁽¹⁾، ثم تم إضفاء الصبغة الشرعية على الطفل الطبيعي "ابن الزنا" بعد صدور قانون 2005،⁽²⁾ فتم إلغاء التمييز بين البنية الشرعية والبنوة الطبيعية بمقتضى القانون، ويرتب على الأنواع الثلاثة من البنية، الآثار ذاتها من حقوق والتزامات.

حيث تنص المادة (331) من التقنين المدني الفرنسي على أن الأولاد الطبيعيين المولودين خارج إطار الزواج، إذا تم الاعتراف بهم قبل الزواج أو في

(1) والذي دخل حيز التنفيذ بدءاً من 2005 / 7 / 1، وهو ما دعت إليه اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل سنة 1989، التي من أهم مبادئها مبدأ عدم التمييز ؛ تنص المادة الثانية منها على ما يأتي: "تحتزم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونه أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم" Laure Montillet, op.cit

(2) Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant reforme de la filiation. (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000451869&categorieLien=id>)

أثناء تحرير عقد الزواج، باستثناء ابن الزنا، يصبحون أولاداً شرعيين بمجرد انعقاد عقد الزواج.⁽¹⁾

كما تنص المادة (312) من التقنين المدني الفرنسي على أن الأب الشرعي للطفل هو "الزوج"، إذا تم الحمل أو الولادة في أثناء الزواج، حيث تكرر هذه المادة قرينة بسيطة يمكن استبعادها في حالات عدة نص عليها التقنين ذاته.⁽²⁾ بينما تثبت البنوة الشرعية من جهة الأم بواقعة الولادة، فالأم الشرعية للطفل هي "الأم التي تلد".

وقد حاول المشرع الفرنسي، سابقاً حصر عملية الإنجاب، بين الزوجين والخليين بمنع تدخل طرف ثالث في الإنجاب في قوانين الأخلاقيات الحيوية

(1) وتنص المادة (331) من التقنين المدني الفرنسي بالنسبة إلى الأولاد المولودين قبل الزواج والمعرّف بهم بعد زواج لاحق، لهم نفس الحقوق ما لو كانوا مولدين عن ذلك الزواج.

(2) إذ تنص المادة (313) على أنه في حالة التخليق أو الانفصال الجسدي تستعد قرينة الأبوة عندما يولد الولد بعد أكثر من 300 يوم من تاريخ تصديق الاتفاقية النازمة لجميع آثار التخليق، أو التدابير المؤقتة أو التدابير المؤقتة المتخذة وفقاً لأحكام المادة 250-20 أو بعد قرار عدم المصالحة، ولأقل من 180 يوماً منذ الرضا النهائي للطلب أو المصالحة ومع ذلك تعود قرينة الأبوة إذا كان الولد يتمتع بحيارة الحالة بالنسبة لكل من الزوجين وإذا لم يكن قد ثبت له نسب أبوي تجاه الغير. وتنص المادة (314) من التقنين نفسه على استبعاد قرينة الأبوة عندما لا يتعين شهادة ميلاد الولد الزوج بصفته أباً ولا يتمتع الولد بحيارة الحالة تجاهه. وإضافة إلى ذلك يمكن إثبات بإقرار الأب أو الأم الواقع قبل الولادة أو بعدها، وذلك بموجب سند يسلم إلى أمين الحالة المدينة أو أي سند رسمي آخر، كما يمكن إثبات النسب بحيارة الحالة، بموجب المادة (317) من التقنين المدني الفرنسي لأي من الأبوين أو الولد أن يطلب من القاضي منحه شهادة تعريف التي ثبتت حياة الحالة إلى حين إثبات عكس، وفق الشروط المنصوص عليها بالمواد (71 و72). تم نقل ترجمة هذه النصوص السابقة من بحث الدكتور: فواز صالح، البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص568. وكتاب الدكتور: فواز صالح، دراسات قانونية...، المرجع السابق، ص106 وما بعدها.

لعام 1994، وسرعان ما عدل عن ذلك، فاضطر المشرع الفرنسي إلى السماح بتدخل طرف ثالث في الإنجاب بشرط موافقة الزوجين خطياً على التلقيح الصناعي بأمشاج الغير، وذلك بسبب تزايد عدد الأطفال الذين يولدون بتدخل طرف ثالث في الإنجاب (بالتبرع بالأمشاج). بينما منع المشرع الفرنسي تدخل طرف ثالث بالإنجاب بوساطة رحم الغير، كما قدمنا، فما هو موقف المشرع الفرنسي من نسب الطفل المولد من جراء تدخل طرف ثالث بالإنجاب بوساطة رحم الغير "الأمومة بالإنابة" ؟ وهل يمكن نفي النسب أو إثباته بالبصمة الوراثية.

أولاً- موقف المشرع الفرنسي من نسب طفل ولد نتيجة عملية تأجير الرحم:

لم يعترف المشرع الفرنسي بالبنوة بين الآباء والأطفال المولودين من جراء عقود تأجير الأرحام "الأمومة بالإنابة"، ومن ثم لا يمكن تسجيلهم في سجلات الحالة المدنية الفرنسية، لأنّ مبدأ عدم قابلية التصرف في الحالة المدنية للأشخاص هو مبدأ عام في فرنسا، كما قدمنا، يقتضي أن حالة الأشخاص خارج إرادة الأفراد، فهي مقيدة بقواعد النظام العام كنظام التبني ونظام النسب في القانون الفرنسي.⁽¹⁾

حيث إنّ الأمّ التي ولدت هي الأمّ القانونية وفقاً لقواعد النسب في القانون الفرنسي، وقيام المرأة بتبني الطفل الناتج عن تأجير الرحم، ولو كانت الأمّ

(1) Voir; François Chénéde, Droit de le Famille, De l'abrogation par refus d'application de l' article 16-7 du code civil. AJ Famille 2017 p.375.

البيولوجية له، يعدُّ احتيالاً على القانون ويخالف نظام التبني في القانون الفرنسي.

ومن ثمّ لن يتم الاعتراف بنسب المولود من جهة الأمّ إلّا للأمّ التي ولدته، فيثبت لها النسب الشرعي للمولود، ولا تثبت لغيرها كما يحصل في عقد تأجير الرّحم، لأنّ القانون الفرنسي يمنع ذلك، فلا يمكن للمرأة صاحبة البويضة أن تثبت رابطتها بالطفل مادامت لم تلده.⁽¹⁾

فلم يعدّ المشرع الفرنسي يواجه المشكلات النّاجمة عن عقود تأجير الأرحام الداخليّة، بل توسعت المشكلة لتشمل عقود تأجير الأرحام الدوليّة ومشكلة نسب الأطفال النّاتجة عنها.⁽²⁾ فيجب أن يتدخل المشرع الفرنسي لوضع إطار قانوني لمثل هذه العقود الدوليّة والمشكلات القانونيّة النّاجمة عنها، إذ وصل عدد الأطفال المولودين من جراء عقود تأجير الأرحام إلى 2000 طفل من غير هوية ينتظر تسوية أوضاعهم.⁽³⁾

(1) Caisse National des Allocations Familiales (CNAF)–DIRECTION DES STATISTIQUES, des études et de la recherche, L'actualité du droit civil et de la famille Recherches et Prévisions n° 72 juin 2003, p101.

(2) ويمكن تسميتها عقود تأجير الأرحام عبر الحدود (cross-border commercial surrogacy)، أو عقود تأجير الأرحام الدوليّة (international Surrogacy).

(3) مما دفع بعض المدافعين عن حقوق الإنسان إلى مطالبة السلطات الفرنسية بتسوية وضعهم؛ وقد تم التوقيع على عريضة رفعت إلى رئيس الجمهورية "فرنسوا هولاند"، راجع:

Libération, Gestation pour autrui; 2000 enfants sans état civil reconnu, December 2014, www.liberation.fr

فقد نُقضت الكثير من الدّعاوى أمام محكمة النّقض الفرنسيّة حيث قررت أنّ تسجيل الطّفل المولود من جراء هذه العقود، يعدّ احتيالاً على قواعد أمرّة في القانون المدنيّ الفرنسيّ، منصوص عليها في المادتين (9-16 و 7-16). حيث رفضت محكمة النّقض الفرنسيّة تسجيل الأطفال المولودين في الخارج من جراء عقد تأجير الرّحم في سجلات الحالة المدنيّة الفرنسيّة، وذلك لمخالفة النّظام العام في فرنسا، وعدم قابلية التّصرف بالحالة المدنيّة للأشخاص المولودين نتيجة عقد تأجير الرّحم، والذي يعدّ باطلاً في القانون المدنيّ الفرنسيّ بطلاناً مطلقاً.⁽¹⁾ ولأنّ عقد تأجير الرّحم ينافي حقوق الإنسان وحقوق الطّفل، يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنّظام العام الداخلي في فرنسا من جهة، والنّظام العام الدّولي الفرنسيّ من جهة أخرى، لذا رفضت محكمة النّقض الاعتراف بالنّسب لأزواج فرنسيين بالنّسبة إلى الأطفال الذين ولدوا في الخارج من أمهات بديلات خارج فرنسا.⁽²⁾

بينما أعطت المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان بصيصاً من الأمل للأطفال الذين رفضت الحكومة الفرنسيّة الاعتراف بحقهم في النّسب. فقد أدانت فرنسا وأصدرت قراراتين في 26/6/2014 في قضيتي منيسيون ولاباس (Mennesson v. France) و (Labassee v. France). ففي كلتا

(1) Cour de Cassation, Chambre civile 1re, 6 a viral 2011, n°9-66-486, Publié au bulletin. Voir; C. Siffren-Blanc, la gestation autrui heurte les principes essentiels du français, Dalloz actualité 2011.

(2) La Cour de cassation, Chambre civile 1re, 13 Septembre 2013, n°12-30, 138, Recueil Dalloz 2013. p.2377. Et 19 mars 2014 n°13-50-oo5, Publié au bulletin, Recueil Dalloz 2014, p.1806.

القضيتين رفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بالعلاقة القانونية بين الوالدين المفوضين والأطفال الذين ولدوا بصورة قانونية في أمريكا من خلال عقود تأجير الأرحام التجارية.⁽¹⁾

والمفارقة هنا أنّ المشرع الفرنسي يمنع الاعتراف بالنسب للمولودين من تأجير الرحم، استناداً إلى حماية حقوق الإنسان، واستناداً إلى المعيار ذاته، حماية حقوق الإنسان، تدين المحكمة الأوروبية المشرع الفرنسي!!

ونذكر وقائع قرار المحاكم الفرنسية، وقرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومن ثمّ سآبين الانتقادات التي وجهت إلى قرار المحكمة الأوروبية، إذ تعرض هذا القرار لكثير من الانتقادات:

1_الوقائع: رفضت السلطات الفرنسية تسجيل الأطفال المولودين في الخارج من خلال عقود تأجير الأرحام الدولية في سجلات الحالة المدنية الفرنسية وفق ما يأتي:

أكدت محكمة بداية كارتيل (Creteil): "أنّ العقود التي تقوم بموجبها امرأة بالحمل لمصلحة الغير، والتخلي عن الطفل عند الولادة تخالف النظام العام الدولي الفرنسي، والنظام العام في فرنسا من جهة، ومن جهة أخرى تخالف معصومية الجسد الإنساني ومكوناته، ومبدأ عدم قابلية حالة الأشخاص للتصرف. حيث إنّ قرار المحكمة العليا في ولاية كاليفورنيا في أمريكا لا يمكن

⁽¹⁾ ECHR. *Mennesson v. France, Labassee v. France*, Application (n°65192/11 & n°65941/11) 26 June 2014. Judgment fifth Section of the European Court of Human rights sitting as Chamber.

أن ينفذ في فرنسا.⁽¹⁾ ومن ثمّ أيدت محكمة استئناف باريس قرار محكمة كارتيل، وأصدرت حكمها بتاريخ 18 آذار 2010.⁽²⁾ كما أصدرت محكمة النقض قرارها برفض الاعتراف بالنسب بين الأزواج والأطفال المولودين في الخارج، وأسست حكمها على:

"أ. مخالفة عقود الأمومة بالإجابة لمبدأ معصومية الجسد البشري، ومبدأ عدم قابلية الأشخاص للتصرف بموجب المادتين (16/7 و 16/9) من القانون المدني المتعلقين بالنظام العام.⁽³⁾

ب إن قرار محكمة كاليفورنيا في أمريكا يتعارض مع النظام العام الدولي.⁽⁴⁾

لذا قام الأزواج برفع دعوى ضد فرنسا أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، نتيجة رفض السلطات الفرنسية الاعتراف بالأطفال، حيث قُدمت الطلبات إلى المحكمة من قبل الآباء المفوضين (لاباس ومينسيون على التوالي) والأطفال الذين ولدوا في الولايات المتحدة (فالنتينا وفيوريلا مينسيون) و(جوليت لاباس)، وفي كلتا القضيتين كان المدعى عليه الحكومة الفرنسية، حيث حصل كل من لاباس ومينسيون على الأطفال من خلال عقود تأجير الأرحام التجارية في عام 2000 و 2001، (وكان ذلك باستخدام الحيوانات

(1) La cour de Créteil du 13 /12 /2005. Recueil Dalloz 2014, p.1797.

(2) La cour d'Apple de Paris du 18 mars 2010. Op.cit.

(3) L'article (16-9) dispose que: "les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public."

(4) La Cour de cassation du 6 avril 2011, n°10-19-053,et n°9-66.486, d .2011, Recueil Dalloz 2014 p.1797.

المنوية لهم والبويضات من متبرعات)⁽¹⁾ وقد اعترفت الأحكام الصادرة في ولاية كاليفورنيا وفي ولاية منيسوتا، أنّ الآباء المفوضين هم آباء قانونيين للأطفال.⁽²⁾

حيث أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الحكومة الفرنسية، واستندت في حكمها، بشكل أساس، على المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،⁽³⁾ والتي تنص على أنه:

(1) Voir; Louis d'Avout, La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui a l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassee, Recueil Dalloz 2014, p.1806.

(2) La cour supérieure de Californie du 14 juillet 2000, Voir; op.cit.

(3) كما أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حكماً آخر ضد إيطاليا في قضية (Paradiso and Campanelli v. Italy) في عام 2014، وهو نفس الحكم ضد فرنسا في قضية تأجير الأرحام عبر الحدود، فقد رفضت السلطات الإيطالية تسجيل الأطفال الذين ولدوا في روسيا من جراء عقود تأجير الزحم التجارية، وقامت بأخذ الأطفال من الآباء المفوضين ووضعهم في الحضانة. و استندت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أيضاً، على المادة الثامنة من حقوق الإنسان حيث قررت أن: الحكومة الإيطالية قد انتهكت حق الآباء المفوضين باحترام حياتهم الأسرية عندما أبعدت الأطفال عنهم. وحق الأطفال باحترام حياتهم الخاصة عندما وضعتهم في الحضانة من دون هوية أو جنسية، وبذلك انتهكت، أيضاً، المادة السابعة من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل. ويتضح الفرق بين قضية (لاباس ومينسيون) وقضية (باراديسو وكامبانيلي) نقطتين: 1. أن الأطفال لم يرتبطوا بالآباء المفوضين (بيولوجيا أو جنسياً) أي (كانت البويضة الملقحة من متبرعين). 2. لم يستنفد الآباء المفوضون كافة طرق الاعتراض على الأحكام قبل رفع الدعوى أمام المحكمة الأوروبية فلم ينقض الحكم أمام محكمة النقض الإيطالية.

European Court of Human Rights, Second Section; Case of Paradiso and Campanelli v. Italy (Application n°.2458/12/2015). See; Grégor Puppink and Claire de la Hougue, ECHR; Towards Liberalisation of Surrogacy, Regarding the Mennesson v France and Labassee v France cases

1. لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية، ومنزله، ومراسلاته.
2. ويجب أن لا يكون هناك أي تدخل من قبل السلطة العامة في ممارسة هذه الحقوق إلا وفقا للقانون ولضرورات المجتمع الديمقراطي أو لحماية الأمن القومي، والسلامة العامة، أو لحماية الصحة العامة، أو الآداب العامة، أو لحماية حقوق، وحريات الآخرين.⁽¹⁾

ذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بدايةً، إلى قابلية تطبيق المادة الثامنة بشقيها "الحق باحترام الحياة الأسرية" و"الحق باحترام الحياة الخاصة"، كما أن احترام الحياة الخاصة للأطفال يتضمن الحق في الهوية والحق في النسب. وذلك في ضوء المواد (16-7 و 16-9) من القانون المدني الفرنسي.⁽²⁾ وفق ما يأتي:

أ. الحق في احترام "الحياة الأسرية" حيث إن الحكومة الفرنسية عندما رفضت الاعتراف بالعلاقة القانونية بين الأطفال والآباء المفوضين، قد وصلت إلى حد التدخل بحياتهم الأسرية، إلا إذا ثبت أن هذا التدخل كان وفقاً للقانون

(n°65192/11& n°65941/11), English translation of an original study published in French in revue Lamy de Droit Civil, 2014, p.78.

⁽¹⁾ Article (8) of the European convention of human rights, 1950: "1.everyone has the right to respect for his private and family life, his home, his correspondence.2 . there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except in a such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or economic well-being of the country...."

⁽²⁾ Grégor Puppink and Claire de la Hougue, id

ولأهداف مشروعة ولضرورات المجتمع الديمقراطي، فقررت المحكمة الأوروبية أن الحكومة الفرنسية لم تخرق المادة الثامنة فيما يتعلق باحترام "الحياة الأسرية" للمتقدمين وذلك للأسباب الآتية:

- إن تدخل الحكومة الفرنسية كان وفقاً للقانون، وذلك بموجب المادتين (16_7 و 16_9) من القانون المدني الفرنسي، والتي تعدّ من متعلقات النظام العام في فرنسا، حيث تنص صراحة على حظر عقود الأمومة بالإنابة في فرنسا.

- إن تدخل الحكومة الفرنسية كان لأهداف مشروعة، حيث إنّه بموجب الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يحق للسلطة العامة التدخل في ممارسة هذا الحق إلا إذا كان بهدف "حماية الصحة أو الآداب العامة" أو "حماية الحقوق والحريات للآخرين"، وقد كان هدف الحكومة الفرنسية من رفض الاعتراف بالأطفال الذين ولدوا في أمريكا، هو: نفي المواطنين الفرنسيين من استخدام طرق الإنجاب المساعد في الخارج، والتي تعدّ محظورة في فرنسا وفقاً للنظام العام في فرنسا، والنظام العام الدولي من جهة، وحماية الأطفال والأمهات البديلات من جهة أخرى .

-إنّ السلطات الفرنسية حققت التوازن العادل بين مصلحة الدّول ومصلحة المتقدمين، فقد لاحظت المحكمة الأوروبية عدم وجود إجماع بين الدّول الأعضاء في مجلس أوروبا في مواقفها حول عقود تأجير الأرحام، وإنّ عدم الإجماع بين الدّول الأعضاء يشير العديد من القضايا الأخلاقية. وترى المحكمة الأوروبية أنّ للدول الأعضاء، مطلق الحرية، في سلطتها حول مشروعية مثل

هذه العقود، إلا أنّ سلطتها يجب أن تكون محدودة عند الاعتراف بالأطفال الذين يولدون في الخارج من جراء هذه العقود، لأنّ الأمر يتعلق بالهوية الذاتية للفرد، ففي مثل هذه الظروف ينبغي على الدول أن تسعى لتحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتقدمين باحترام حقهم بالتمتع الكامل في حياتهم الأسرية والخاصة من جهة، ومن جهة أخرى احترام مبدأ مصلحة الطفل الفضلى. فمن الواضح أنّ الحق بالنسب في حالات تأجير الأرحام يمس جانباً أساسياً من جوانب الهوية الذاتية للفرد. فعندما رفضت الحكومة الفرنسية الاعتراف بالعلاقة القانونية بين الأطفال والآباء المفوضين أثرت حتماً على حياتهم الأسرية، فلا يمكن للأطفال أن يحصلوا على الجنسية الفرنسية، كما لا يمكنهم الحصول على حقوقهم القانونية من والديهم كالإرث على وجه التحديد. ولكن الحكومة الفرنسية لم تمنعهم من التمتع بحقهم في الحياة الأسرية على النحو المقصود في المادة الثامنة، حيث إنّ الآباء المفوضين قد تمكنوا من العيش مع أطفالهم حياة أسرية مثلهم مثل أي عائلة فرنسية أخرى، وكنتيجة لذلك قررت المحكمة الأوروبية أن الحكومة الفرنسية لم تنتهك حق المتقدمين في "احترام حياتهم الأسرية".⁽¹⁾

ب. الحق في احترام "الحياة الخاصة". إنّ الحق بالنسب هو أحد العناصر التي تهدد الهوية الذاتية، فمن حق كل شخص أن تكون له هوية ذاتية، ومن ثمّ إنّ

⁽¹⁾ Professor Adeline Gouttenoire, Surrogacy agreements: at last, the primacy of the child interests, European law (ECHR), MONTESQUIEU LAW REVIEW, Program supported by the ANRn°ANR-10-IDEX-03-02, Issu p.4.

رفض الحكومة الفرنسية الاعتراف بالعلاقة القانونية بين الأطفال والآباء المفوضين يقوض هويتهم في المجتمع الفرنسي، كما أنّ الجنسية والحق في الميراث هي من العناصر ذات الصلة بالهوية الذاتية للفرد. وعلى الرغم من أنّ الأب البيولوجي للأطفال يحمل الجنسية الفرنسية فلم يتمكن الأطفال من الحصول على الجنسية كما لا يمكنهم أن يرثوا من والدهم. فقد أكدت المحكمة الأوروبية، مراراً، أنّ هناك صلة مباشرة بين هوية الفرد واحترام حياته الخاصة.

وبناء على ما سبق قررت المحكمة الأوروبية: أنّ عدم تسجيل الطفل يعدّ خرقاً لحقوقه المرتبطة بالحق بالحياة الخاصة، ومن عناصر الحياة الخاصة الحق بالنسب، والحق بالنسب، هو أحد العناصر التي تهدد الهوية الذاتية، فمن حق كل شخص أن يكون له هوية ذاتية، وفقاً للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، من جهة أخرى لا يستفيد هذا الطفل من الميراث في حال توفي أبواه إلاّ بالوصية. فقد ركزت المحكمة، وعلى نحو خاص، عند تحليلها للنسب والبنوة على إبراز أهمية الحقيقة البيولوجية كجانب من هوية كل شخص وأكدت أنّه: " لا يمكن القول إنّ مصلحة الطفل تقتضي أن نحرّمه من علاقة قانونية عندما تكون الحقيقة البيولوجية لتلك العلاقة نشأت بين الطفل والوالد..."⁽¹⁾

فقد فسرت القانون الدولي لحقوق الإنسان حول حقوق الأطفال أنّها قابلة للتطبيق في سياق عقود تأجير الأرحام، على سبيل المثال، اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل (CRC)، والتي تنص على تسجيل الطفل بعد ولادته

⁽¹⁾ See; Adeline Gouttenoire, id, p.3.

فوراً، ويكون له الحق منذ ذلك الحين في معرفة اسمه، وجنسيته، والتّمتع برعاية والديه، واتفاقية حقوق الطّفل الّتي تنص على أنّه: يجب أن يؤخذ بالحسبان وعلى نحو خاص "مصلحة الطّفل الفضلى" من قبل المحاكم، والسّلاطات الإدارية، والتّشريعات. وكذلك الأحكام المماثلة في الاتفاقية الأوروبيّة لحقوق الإنسان، والّتي تحمي حق كل فرد بالحياة الخاصة، ومن ضمنها الحق بالهوية، والحق بالنّسب، وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الّذي ينص على حق المواطنة كحق أساسي، وحق الجنسية لكل شخص.

كما قررت المحكمة الأوروبيّة في قضية (Labassee v. France) الحكم ذاته في قضية مينسيون وتوصلت إلى أنّ الحكومة الفرنسيّة لم تنتهك المادة الثامنة من اتفاقية حقوق الإنسان فيما يتعلق باحترام "الحياة الأسريّة" بالنّسبة إلى الآباء المفوضين، ولكنها انتهكت حق الأطفال باحترام "حياتهم الخاصة" ومن ضمنها الحق بالنّسب والحق بالهويّة.⁽¹⁾

2_ التّعليق على قرار المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان:

تعرض قرار المحكمة الأوروبيّة للنقد من قبل العديد من الفقهاء، فذهب بعضهم إلى القول إنّ المحكمة فشلت في فهم مشكلة تأجير الأرحام ككل، أو أنّها لا تريد ذلك! وعلى نحو خاص، فهم المشكلة الّتي تتعلّق بالأطفال الّذين ولدوا في الهند، وفي أوكرانيا، وفي روسيا، والّتي ستفتح أعين القضاة في المحكمة الأوروبيّة على قضية تأجير الأرحام برمتها، ولاسيما طبيعتها التّجارية

⁽¹⁾ See; Grégor Puppink, id.

وتعلقها بالبقاء. فقد نظرت المحكمة في المشكلة من وجهة نظر الأزواج الغربيين فقط. حيث ادعت المحكمة الأوروبية أنها لم تصدر حكم بشأن "أخلاقيات المشرع الفرنسي" ولكن "تتحقق فقط مما إذا كان القاضي الوطني قد أخذ بالحسبان الحاجة إلى الحفاظ على توازن مناسب بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتقدمين، بما في ذلك مصلحة الأطفال، بالتمتع الكامل بحقوقهم في احترام حياتهم الأسرية والخاصة."⁽¹⁾ وعلى الرغم من أن المحكمة الأوروبية لم تتدخل في سلطة الدول الأوروبية، ولم تجبرها على موقف معين حول مشروعية عقود تأجير الأرحام، إلا أنها ألزمتها بالاعتراف بآثار عقود تأجير الأرحام التجارية التي تتم في الخارج، والتي تعدّ محظورة على أراضيها، وهذا ما شجع المواطنين على الاحتياال على التشريعات الوطنية في بلادهم التي تحظر مثل هذه العقود، مما يتعارض مع قواعد القانون الدولي، حيث إنّ عقود تأجير الأرحام تتعارض مع معايير القانون الدولي الراسخة، ولاسيما أحكام الاتفاقيات المتعلقة بالتبني، واتفاقية حقوق الطفل، وبروتوكولها الاختياري المتعلق ببيع الأطفال، والاتفاقية الأوروبية بشأن تبني الأطفال، والتي جاء فيها أنّه: لا ينبغي الحصول على موافقة الوالدين مقابل المال أو التعويض من أي نوع، وأنّه لا ينبغي منح موافقة الأمّ إلا بعد ولادة الطّفل. كما يعرف البرتوكول الاختياري بيع الأطفال، والذي ينطبق على تأجير الأرحام، بأنّه: "أي فعل أو معاملة يتم بموجبها نقل طفل من قبل أي شخص أو مجموعة أشخاص إلى شخص آخر مقابل مكافأة أو أي اعتبار."⁽²⁾ وسوف تؤدي مثل هذه العقود إلى تعريض عدد

(1) See; Grégor Puppink and Claire de la Hougue, id

(2) See; CRC Optional protocol 25 mai 2000, art (2).

كبير من الأشخاص الضّعفاء "الأمهات البديلات" لممارسات تنتهك حقوقهم الإنسانية، وبالنظر إلى موقف المتقدمين فقط، تتجاهل المحكمة سوق تأجير الأرحام التي تشكل أساساً في دعم نمو صناعة مربحة للغاية، لا تحترم كرامة الإنسان. ومن ثمّ فهي تسهم في تطوير الليبرالية العالمية، وفي إنكار السيادة الوطنية. فقد أخذت المحكمة بالحسبان الصّعوبات التي يواجهها الأطفال المولدين من أمهات بديلات، ومن ناحية أخرى، تجاهلت تماماً الأمّ البديلة، التي يتم الحمل على حساب استغلالها في دول أخرى مثل أوكرانيا وروسيا والهند.. الخ (1)

ومن المتوقع أن يؤدي موقف المحكمة الأوروبية إلى تغييرات على الصّعيد الدولي من ناحيتين:

أ. من ناحية الاعتراف القانوني بالنّسب:

إنّ اعتراف الدّول بالأطفال الذين يولدون في الخارج من خلال عقود تأجير الأرحام الدولية في مثل قضية مينسيون؛ سوف يؤدي إلى ازدواجية التّعامل مع عقود تأجير الأرحام: فبالنّسبة إلى الدّول التي تحظر عقود تأجير الأرحام عندما تكون إثارة أو عملاً تجارياً على حد السّواء، سوف ترتب آثاراً للعقود التي تتم بالخارج، وذلك بالاعتراف القانوني بالنّسب للأطفال (على الأقل

(1) see; id

بالنسبة إلى الأب البيولوجي)، في حين ستبقى جميع العقود المحلية غير قانونية، ومن دون أن ترتب أي آثار لها فيما يتعلق بالنسب القانوني.⁽¹⁾

أما بالنسبة إلى الدول التي تحظر عقود تأجير الأرحام التجارية فقط، سيتم التعامل مع عقود تأجير الأرحام غير التجارية المحلية والخارجية على حد السواء، بينما سيتم الاعتراف بالنسب القانوني (على الأقل بالنسبة إلى الأب البيولوجي) في عقود تأجير الأرحام التجارية التي تمت بالخارج، ولكن تبقى عقود تأجير الأرحام التجارية المحلية غير قانونية ولا يترتب أي آثار لها فيما يتعلق بالنسب القانوني. فهذا النهج فيما يتعلق بآثار عقود تأجير الأرحام غير منطقي وغير عادل فهو أشبه "بالكيل بمكيالين" لأنه يؤدي إلى التمييز بين الأطفال الذين يولدون من جراء عقود تأجير الأرحام الدولية، وأولئك الذين ولدوا من جراء عقود تأجير الأرحام المحلية. كما يبدو بمنزلة "الالتفاف على القانون"، أو بمعنى آخر الاحتيال على قوانين تأجير الأرحام، وذلك على غرار ما حدث في المملكة المتحدة حيث يعدّ تأجير الأرحام التجاري غير قانوني، إلا أن المحاكم كانت على استعداد للسماح بدفع مبالغ تصل إلى حد المدفوعات التجارية للأُمّ البديلة.⁽²⁾

ب. تعديلات على مستوى القانون الوضعي، أي من المحتمل أن تتجه الدول في القوانين الوطنية نحو موقف أكثر ليبرالية بالنسبة إلى تأجير الأرحام.

(1) See; id

(2) See; Id.

حيث يمكن القول إنّ معظم الدّول قد تتجه تدريجياً إلى التّخلي عن القوانين المحلية المقيدة لتأجير الأرحام نحو قبول هذه العقود بشكل قانوني، وربما قبول تلك العقود ذات الطابع التجاري، ومن ثمّ فإنّ قرار محكمة العدل الأوروبيّة جعلها تصبح مؤيدة وداعمة للدول التي لديها مصالح تجارية في عقود تأجير الأرحام. إضافة إلى الاعتراف بالنّسب القانوني المكتسب، على نحو خاص، في الخارج، ممن ثمّ سيتم الاعتراف بالنّسب القانوني في عقود تأجير الأرحام المحلية، ولكن على مدى أطول من الزمن.⁽¹⁾

فقد واجهت محكمة العدل العليا، في بريطانيا، مسألة ما إذا كان بإمكانها قبول طلب حضانة الطّفل ونقل النّسب القانوني من الأمّ البديلة وزوجها إلى الآباء المفوضين في حالة لم يتمكن الآباء تقديم الطلب خلال الفترة المحددة قانوناً (وهي ستة أشهر)، وكان ذلك في قضية الطّفل الذي ولد في الهند من جراء اتفاق بين الأب البيولوجي وزوجته (البريطانيين) والأمّ البديلة وزوجها (الهنديين)، حيث قررت المحكمة العليا أنّه: من المؤكد أنّ نية المشرع لا تتجه إلى رفض طلب الآباء المفوضين عند تأخيرهم عن تقديمه للمحكمة، كما أنّ حق الطّفل بالنّسب يتعلق بهويته الذاتيّة، وإذا كان تحليلها للقانون غير صحيح، فإنّ محكمة الأوروبيّة سوف تلزمها في كل قضية مشابهة بضمان عدم خرقها المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبيّة.⁽²⁾ فقد تساهلت المحكمة

(1) See; Id

(2) Re X (A Child) (Surrogacy: Time limit) Neutral Citation Number;[2014] EWHC 3135 (Fam), [2014] All ER (D) 48 (Oct) .

البريطانية العليا في قضية النسب القانوني متأثرة بقرارات المحكمة الأوروبية في قضية لابس ومينسيون.

كما أغفلت المحكمة الأوروبية حقيقة أن عقود تأجير الأرحام كانت تجارية في كلتا القضيتين (لابس ومينسيون)، فلم تميز بين عقود تأجير الأرحام غير التجارية وعقود تأجير الأرحام التجارية، وهذا يثير القلق لسببين رئيسيين:

أ. يتعلق الأمر، غالباً، بالنسبة إلى الدول، للبت بالسماح بعقود تأجير الأرحام أو حظرها، "بالتفقات المعقولة" المدفوعة للأم البديلة، حيث إن بعض الولايات القضائية تسمح بعقود تأجير الأرحام غير التجارية، وتحظر عقود تأجير الأرحام التجارية بناء على أسس أخلاقية، وتسعى لمنع العقود التجارية، بينما تحظر ولايات أخرى تأجير الأرحام بكل أشكاله، لذا فإن موقف المحكمة الأوروبية من المتوقع أن يقوض الاعتراضات الأخلاقية ضد تأجير الأرحام، ويشجع تحايل المواطنين على القوانين الوطنية في بلادهم؛ وذلك بالحصول على أطفال من خلال عقود تأجير الأرحام التجارية في الخارج، وبعد ذلك يسعون للحصول على الاعتراف القانوني في بلادهم بالعلاقة بينهم وبين الأطفال المعترف بهم قانوناً في ولاية قضائية أجنبية، وعلى ذلك ينبغي أن يكون للمحكمة الأوروبية سلطة، بطريقة غير مباشرة، للتدخل في منع الدول من السماح بعقود تأجير الأرحام التجارية، لا أن تظهر في موقفها كداعمة ومؤيدة

للدول التي تسعى إلى مصالح مادية وتجارية بحتة من وراء عقود تأجير الأرحام.⁽¹⁾

ب. ما تثيره عقود تأجير الأرحام التجارية من مخاوف جدية من استغلال النساء وتحويل الأطفال إلى مجرد سلعة، فهناك العديد من التقارير تتطوي على انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان، بما في ذلك التخلي عن الأطفال، ومشكلات موافقة الأم البديلة والصعوبات التي تواجه الوسطاء، ولاسيما في البلدان النامية، وهذا يثير القلق من جانب قبول المحكمة الأوروبية للعقود التجارية مع كافة المخاطر والقضايا الأخلاقية التي تثيرها هذه الممارسة،⁽²⁾ فكان أولى بها أن تجرم مثل هذه العقود وأن تدين الدول التي تسمح بها وبشكل قانوني، بدلاً من إدانة فرنسا التي كرست في قوانينها كرامة الإنسان، ومبدأ حرمة الجسد البشري، وعدم قابليته للتصرف.

وهكذا نرى أن موقف المحكمة الأوروبية وضعها في ميزان المتهم بدعم عقود تأجير الأرحام التجارية، التي تنتهك حرمة الجسد البشري، وتتنافي مع الشرعية الدولية لحقوق الإنسان؛ والتي تؤكد على ضمان الكرامة الإنسانية المتأصلة بالنفس البشرية. لذا ينبغي على المحكمة الأوروبية أن تفرض على جميع الدول بموجب الشريعة الدولية لحقوق الإنسان أن تتخذ كافة التدابير التشريعية، والقضائية، والتنفيذية لمنع مثل هذه العقود التجارية، والتي تعدّ إحدى حالات الاتجار بالبشر لا أن تشجعها بقراراتها انطلاقاً من مصلحة

(1) See; id.

(2) See; id.

الطفل. فهل مصلحة الطفل تبرر مخالفة النظام العام والآداب في دولة معينة وهل تبرر الاحتياال والالتفاف على القوانين!!

فقد أصبحت فرنسا ملزمة أن تمنح الجنسية الفرنسية لمثل هؤلاء الأطفال الذين يولدون خارج فرنسا، والذي يعدّ باطلاً وفقاً لقوانينها وبنصوص أمرة، وقد فرضت المحكمة الأوروبية دفع 5 آلاف يورو لكل طفل كتعويض معنوي عما خلفه له هذا الرفض من ضرر.

كما أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مرة أخرى، فرنسا في 19 كانون الثاني 2017، وذلك لرفضها الاعتراف بالنسب وإصدار شهادة ميلاد بالنسبة إلى الأطفال الذين ولدوا في الخارج من جراء عقد تأجير الرّحم.⁽¹⁾

ويواجه المشرع الفرنسي ضغوطات من الشارع الفرنسي من جهتين: من جهة الدّاعمين للقانون الحالي الذي يمنع تأجير الأرحام في فرنسا، ومن جهة ثانية المؤيدين لتأجير الأرحام، والذين يسعون إلى تغيير القانون الحالي متهمين المشرع بالتمييز، والمساس بحياتهم الخاصة وحقهم في تشكيل عائلة. وهم أنصار الحرية الفردية، وكذلك المستفيدين من هذه العملية، وهم الشّواذ جنسياً "مثليي الجنس" بعد الاعتراف لهم بحق "الزّواج" أو "الاتحاد المدني".

إذ يرى بعض المؤيدين لعقود تأجير الأرحام بدعوى "مصلحة الطفل الفضلى": أنّ القرارات القضائية التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية، قد

⁽¹⁾ La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), décisions le Jeudi 19 Janvier 2017, n° 44024/13, Communiqué de presse du Greffier de la Cour, Recueil Dalloz 2017 p.1229.

أعطت حلاً قانونياً على أساس المبادئ القانونية، فالتحدث بخلاف القانون ليس مجدياً، ولكن هل نستطيع الاكتفاء بالنّسّتر وراء مشروعية حل من أجل تحقيق العدالة؟ يقتضي دائماً الفصل بين مصلحتين وأحياناً بين المصالح المشروعة. وحتى الآن وضعت مصلحة الطّفل في قمة هرم القيم في قانون العائلة. وعندما قررت المحكمة أنّ النّحایل على القواعد الّتي تعدّ من متعلّقات النّظام العام بامتياز يجب أن تكون عقبة على الاعتراف بالتبني الّذي حصل بشكل قانوني خارج فرنسا، والّذي يخص الحقيقة البيولوجيّة تجاه الأب، فقد جعلت محكمة النّقض الفرنسيّة مبدأ مصلحة الطّفل أقل قيمة من ترتيب الجزاء القانوني على النّحایل على القانون. فالرسالة واضحة جداً إذا لم تكونوا قادرين على الإنجاب بشكل طبيعي لا تحصلوا عليه.⁽¹⁾

وكما ذكر بعضهم الآخر، أنّ الدّيمقراطية تفترض احترام الحقوق، وإرادة الشعب، وأنّ محكمة النّقض، هي جهاز لحماية الدّيمقراطية بالفعل، ولكننا في هذه الحالات الّتي تهمنا وبمواجهة الحقيقة يجب أن نتعامل معها، فالأطفال المولودون من خلال عقود الأمومة بالإنابة موجودون والاعتقاد أنّ الجزاء القانوني سوف يخفض من عدد ولاداتهم يظهر تجاهلاً كبيراً لدوافع الأشخاص الّذين قاموا بهذه العملية، والآباء المرشحون للأبوة والأمومة لن يتنازلوا على الأرجح عن كل المسائل الخاصة بالطّفل، ومهما يكن عليه الأمر فإنّ التّبني الأجنبي كان معترفاً به وأصبح غير ممكن تجاوزه، إذ إنّ النّحایل على القانون

⁽¹⁾ Voir; Clélia Richard et Florent Berdeaux- Gacogne, Sanction de la gestation pour autrui (GPA), copyright 2016, Dalloz. p.600

يلغي كل شيء ويمكن أن يُرفض في المستقبل تسجيل طفل بالضمان الصحي، وإعطاء بطاقات سفر، وحتى سند الإقامة والتسجيل بالمدرسة، وإذا كان التّحليل على القانون هو القاعدة، من ثمّ فإنّ تبعات الولادة أي الحياة الخاصة بالطفّل يمكن أن تمس. وكيف يمكن أن نحدد ما هو ممنوع قانوناً (الاعتراف بالأب البيولوجي) وما هو غير ممنوع (الحق بالعناية الصحيّة، والحق بالتمتع بالحياة الاجتماعيّة للطفّل الذي هو في حالة خطر).⁽¹⁾ وأما فيما يخص تشجيع استغلال جسم المرأة، فيعدّ هذا الأمر إشكالية كبيرة، تستدعي تأطير عقود تأجير الأرحام التي تتم في الخارج مع الاعتراف بالبنوة التي نشأت عنه، وذلك في حالة واحدة فقط، أن يتحقّق ذلك ضمن شروط إنسانيّة تحترم الكرامة، وطبقاً لمجموعة من القيم.⁽²⁾

ونتيجة لإدانة فرنسا عدة مرات من قبل المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان، قررت محكمة النقض الفرنسيّة في قضية معقدة أن تعترف بالوالد المفوض "parent d'intention" للأطفال الذين ولدوا في الخارج من جراء عقود الأمومة بالإنابة، والتي تعدّ محظورة في فرنسا، فقد اعترفت بزوجة الأب التي لم تلد، في الزّواج من جنسين مختلفين، وبالأب الذي لم يمنح الحيوانات المنوية في الزّواج من نفس الجنس، ويستند هذا القرار الأخير، على نحو خاص، إلى قانون "la loi Taubira" الذي فتح الزّواج من نفس الجنس

(1) Voir; op.cit.

(2) Voir; op.cit.

والتبني، والذي يسمح بالتبني دون أي قيود على طريقة الإنجاب للأزواج من نفس الجنس.⁽¹⁾

وهذا ما دفع جانب من الفقه الفرنسي إلى اتهام محكمة النقض الفرنسية بالاستسلام والتفاق. ويمثل هذا القرار خطوة حاسمة في سلسلة القرارات التي استمرت لعدة سنوات على بنوة هؤلاء الأطفال الذين يلقبون بـ "الأشباح الصغيرة في الجمهورية". إذ يمكن لزوجة الأب البيولوجي أن تقوم بتبني الطفل المولود في الخارج من خلال اتفاق الحمل بالإناثة، ومن ثمّ يعترف بالوالدين في فرنسا. بينما رفضت محكمة النقض في قرار آخر الاعتراف بشهادة ميلاد أجنبية موضحة في قرارها: "من المستحيل أن نسجل شهادة ميلاد تشير إلى أنّ الأمّ، هي المرأة التي لم تتجب، أو بعبارة أخرى إنّ مبدأ القانون الروماني "mater semper certa est" الذي يعترف بالأمّ التي تلد هو القانون المطبق حتى اليوم..⁽²⁾

وكما يرى بعضهم أنّ محكمة النقض الفرنسية تصادق على التّغيير الجذري في هذا المسار، وذلك بعد موافقة الجمعية العامة على تحديد نسب الأطفال فيما يتعلق بالوالد البيولوجي. فقد وافقت محكمة النقض الفرنسية على إنشاء

⁽¹⁾ La Cour Cassation, civile, chambre civile 1re, du Mercredi 5 juillet 2017, n° 16-16455 Publié au bulletin. Voir; Angès Leclair, La cour de cassation entrouvre la porte à la gestation pour autrui, Mis à jour le 7/7/2017 à 9:42. www.lefigaro.fr/actualite-France/2017/7/5/01016-20170705ATFG00360.

⁽²⁾ Voir; op.cit

النسب فيما يتعلق بالوالد المفوض "parent d'intention" الأب أو الأم، ليس بطريقة مباشرة أو تلقائية، ولكن ببساطة عن طريق نسخ أفعال منشأة في الخارج، بطريقة مؤجلة ومشروطة، لمصلحة الطفل، من خلال التبني.⁽¹⁾

ويؤكد Emmanuel Jauffret:⁽²⁾ أن محكمة النقض الفرنسية تضعف إلى حد كبير حظر عقود تأجير الأرحام، وتفتح الباب أمام هذه العقود، ويجب علينا أن نعزز ترسانتنا التشريعية إذا أردنا الحفاظ على الحظر والاستمرار في دفع القضية على الصعيد الدولي.⁽³⁾

وعلى الرغم من قبول محكمة النقض الفرنسية بالتبني في القرار المذكور أعلاه، إلا أن محكمة استئناف باريس، في قرارها الصادر بتاريخ 2018/1/3، رفضت تبني الطفل المولود في الهند، نتيجة اتفاق الحمل لمصلحة الغير، حسبما عبرت عنه محكمة الاستئناف، فأبطلت الحكم المستأنف من قبل النائب العام على أساس قواعد التبني ومصلحة الطفل،⁽⁴⁾ فقد ذكرت شهادة الميلاد الهندية اسم الأب من دون أي إشارة إلى اسم الأم، وهذا يشير إلى تبني الطفل من قبل الأب، وفي هذا السياق، أكدت محكمة استئناف باريس في هذا الحكم أن المبادئ المطبقة، ولا سيما تلك المتعلقة بتبني الطفل ومصلحته، قد تمنع

⁽¹⁾ Voir; François ChénéDé, op.cit, p.375.

⁽²⁾ عضو جمعية حقوق الشخص "Collectif pour le respect de la personne (CORP)" التي أسسها الفيلسوف Sylviane Agacinski .. انظر: المرجع السابق.

⁽³⁾ المرجع السابق.

⁽⁴⁾ إذ يحق للنيابة العامة الاعتراض على الإقرار الأبوي عندما يتم الاحتيال على قواعد التبني وذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة (339) من التقنين المدني الفرنسي

تبني الطّفل من قبل زوج والد الطّفل المولود من خلال اتفاق الحمل لمصلحة الغير.⁽¹⁾ إذ يجب أن يستوفي التّبني عدة شروط قانونية، فلا يمكن التّبني الكامل لطفل الزّوج إلا إذا كان ذلك الزّوج هو الوالد القانوني للطفل، وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (345) من التّقنين المدنيّ الفرنسيّ، كما ينبغي موافقة الزّوج على التّبني وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة (348) من التّقنين المدنيّ.⁽²⁾

وقد أصدرت محكمة النّقض الفرنسيّة، للمرة الأولى، بتاريخ 2018/2/16، قرارها بإعادة النّظر في القرارات المدنيّة، وذلك بموجب القانون رقم 2016-1547 الصّادر بتاريخ 2016/11/18، والذي سمح بإعادة النّظر في قرار مدني نهائي في مسائل حالة الأشخاص. فقد قدم الطّلبان اللذان حكمت بهما محكمة النّقض في الحالات التي تم فيها نسخ شهادات ميلاد في سجلات الحالة المدنيّة الفرنسيّة لأطفال مولودين في الخارج عن طريق تأجير الرّحم أو في حال وجود الاشتباه بذلك. لذا رفضت محكمة النّقض الفرنسيّة النّسخ في شهادات ميلاد فرنسية للأطفال المولودين في الخارج من أمّ بديلة، على أساس نص المادة (7-16) من التّقنين المدنيّ الفرنسيّ.⁽³⁾

⁽¹⁾ Voir; Adoption post GPA; la résistance des juges du fond se confirme, Arrêt rendu par la Cour d appel de Paris, pôle 1, ch .1. 3/1/2018, AJ Famille 2018 p.171.

⁽²⁾ Voir; op.cit.

⁽³⁾ Voir; Gestation pour autrui (atteinte à la vie privée); réexamen des pourvois Arrêt rendu par cour de cassation. C. réexamen.16/2/2018, n°17-RDH-001, Recueil Dalloz 2018 p.418.

وقد أبدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مؤخراً، رأياً استشارياً رداً على طلب محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4/10/2019، والذي أقرت بموجبه الأبوة البيولوجية للأب الذي يستأجر رحم امرأة أخرى وقبلت بتبني الأم للمولود حرصاً على استقرار المعاملات إذا قدمت الأم المعنية طلباً بالتبني.⁽¹⁾

ثانياً_ موقف المشرع الفرنسي باللجوء إلى الدليل العلمي لإثبات النسب " البصمة الوراثية DNA":⁽²⁾

أخضع المشرع الفرنسي الإثبات عن طريق البصمة الوراثية لقواعد صارمة، وقضى أن يكون هناك سلطة حيادية تقرر متى وكيف يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية، وهذه السلطة هي القضاء.⁽³⁾

فلا يمكن اللجوء إلى تحديد الهوية عن طريق البصمة الوراثية إلا في نطاق دعوى قضائية كإجراء من إجراءات البحث أو التحري أو التحقق، أو لأغراض طبية أو لأغراض البحث العلمي.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ <http://www.dalloz-actualit.fr/..//cedh-arislo-avr-2019-n-p16-2018-001>.

⁽²⁾ وهي: عبارة عن بيان بالخصائص والصفات الوراثية التي تسمح بالتعرف على الفرد، وتحدد صفاته الوراثية، وهي عبارة عن هوية شخصية لهوية وراثية للفرد، وتميزه عن غيره من الأفراد، ويسمح انتقالها إلى الأجيال القادمة بإثبات النسب بين الأفراد. وبموجب تحليل هذه البصمات الوراثية في المخابر العلمية يمكن التوصل من خلالها إلى إثبات نسب الطفل البيولوجي، وقد بينت التجارب أن تحليل البصمات الوراثية توصل إلى 99,999 إلى الحقيقة الطبيعية العلمية. راجع: فواز صالح، المبادئ التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، المرجع السابق، ص 198.

⁽³⁾ د. فواز صالح، البصمة الوراثية، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الأول، الطبعة الأولى دمشق، 2010، ص 567.

⁽⁴⁾ L article (16-11) du Code Civil Français.

وقد أجاز التّقنين الفرنسيّ نفي الأمومة بموجب المادة (332) من التّقنين المدنيّ الفرنسيّ، وذلك بإثبات أن الأمّ لم تلد، كما أجاز نفي الأبوة بإثبات أن الزوج أو المقر ليس الأب، وذلك بجميع وسائل الإثبات بما فيها البصمة الوراثيّة، ولكن هناك حالات منع المشرع الفرنسيّ كشف الحقيقة البيولوجيّة فيها؛ ومن ثمّ فإنّه يمنع اللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثيّة في قضايا النسب، ونذكر أهمّها:

- الإنجاب المساعد طبيّاً عن طريق تدخل شخص ثالث.
- الولادة تحت اسم مجهول (حق الأم في عدم الإفصاح عن هويتها).
- النسب الشرعي الثابت بشهادة الميلاد وحيازة الحالة، إذ تنص المادة (333) من التّقنين المدنيّ الفرنسيّ على أنّه عندما لا تكون حيازة الحالة متطابقة مع السند يحق للولد أو لأحد الأبوين أو من يدعي بأنّه الأب الحقيقي أن يرفع الدعوى.
- التّبني التّام أو الكامل الذي يعطي الطّفل نسباً جديداً يحل محل نسبه القديم، حيث تنقطع علاقة المتبني مع عائلته البيولوجيّة.⁽¹⁾

وعلى ذلك يمنع المشرع الفرنسيّ اللجوء إلى البصمة الوراثيّة لإثبات نسب الطّفل المولود من جراء تقنيات الإنجاب المساعد طبيّاً عن طريق تدخل

(1) وقد نقلت ترجمة هذه المادة من بحث الدكتور: فواز صالح، المبادئ التي تحكم الأخلاقيات الحيويّة، المرجع السابق، ص 568. وبحثه: البصمة الوراثيّة، المرجع السابق. وكتابه: دراسات قانونية...، المرجع السابق.

شخص ثالث، وتمنع المادة (311-19) الإثبات بالبصمة الوراثية بين الطفل الذي يولد نتيجة هذه العملية وبين المتبرع.⁽¹⁾

وقد كان المشرع الفرنسي يميز، في الحالات التي يجوز فيها الرجوع فيها إلى الاختبارات الوراثية لتحديد البصمة، بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، ولكن عدل الأحكام الناطمة للنسب بموجب القانون (رقم 2005/709 تاريخ 2005/7/4)، كما قدمنا، ولم تعد هذه الأحكام تميز بين النسب الشرعي وبين النسب الطبيعي.⁽²⁾

⁽¹⁾ وكان للأب سابقاً أن ينكر نسب الولد المتخلق بشكل طبيعي أو صناعي خلال ستة أشهر من تاريخ واقعة الولادة، وذلك بموجب المادة (316) من القانون المدني الفرنسي، فأعطى المشرع الأب حق إنكار نسب الطفل المتخلق بأحشاء زوجته التي لقحت بنطفة متبرع، أما المادة (339/3) من القانون ذاته فتمنح الزوج الذي أقر بنسب طفل العدول عن إقراره خلال مدة عشر سنوات، ويمكن للغير أن يعترض على ذلك كالورثة مثلاً أو كل ذي مصلحة. وهذا يدل على الحرية الواسعة التي كفلها القانون الفرنسي لإرادة الأفراد بشأن الإقرار بالبنوة والعدول عنها، مما قد لا يكون مستحباً لمصلحة استقرار المعاملات. وبعد صدور قوانين التناسل الطبي، والتي أجازت التبرع بالخلايا التناسلية، أصبح من غير الممكن للزوج أو الشريك "الخليل" أن ينكر أياً منهما الطفل المتخلق بطريقة صناعية بمساعدة متبرع وبموافقة مسبقة على ذلك، وقد اشترط القانون الفرنسي تفادياً لمشكلات التنازع على النسب نفيًا أو إنكاراً موافقة الزوجين على التلقيح الصناعي بنطفة غير الزوج بشكل كتابي وأمام موثق رسمي ضمن شروط تكفل السرية أمام القاضي أو الكاتب بالعدل، فتمنع هذه الموافقة رفع دعوى إنكار النسب إلا إذا ثبت أن الطفل لم يولد نتيجة هذه العملية أو أن الرضا كان غير منتج لأثره.

J.R.Devichi, la procréation artificielle, état des questions, R.t.d.c, 1987, p.457. Et Loi n° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au corps humain.

⁽²⁾ انظر هذه الأحكام في التقنين المدني، دالوز 2007، الطبعة 106، ص310 وما يليها.. أشار إلى ذلك د. فواز صالح، المرجع السابق، ص567.

وتجيز المادة (325) من التّقنين المدنيّ الفرنسيّ للولد. في حال عدم وجود سند أو حيازة الحالة، رفع دعوى إثبات الأمومة، مع مراعاة أحكام المادة (326) التي تركز حق الأمّ في الحفاظ على سرّيّة هويتها عند الولادة. ويلزم المدعي، الولد، إثبات أنّه الولد الذي أنجبته الأمّ المدعى عليها، ويمكن إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البصمة الوراثيّة. كما أجازت المادة (327) للولد رفع دعوى إثبات الأبوة خارج نطاق الزّواج، ويمكن إثبات هذه الأبوة بجميع طرق الإثبات بما فيها البصمة الوراثيّة. كما يمكن لأيّ من الزّوجين أن يطلب في أثناء فترة قصر الولد إعادة إثبات أثارها إذا استطاع أن يثبت أن الزّوج هو الأب، ويكون ذلك بجميع طرق الإثبات، بما فيها البصمة الوراثيّة، كما يحق للولد رفع هذه الدعوى خلال عشر سنوات بعد بلوغه سن الرشد.⁽¹⁾

الفقرة -2- في القانون الجزائري:

نظم المشرع الجزائري أحكام النّسب في تقنين الأسرة، ووضع له القواعد الأساسيّة مستتبها إياها من أحكام الشريعة الإسلاميّة، والتي تعدّ المصدر الأصلي لتقنين الأسرة الجزائري، وتنص المادة الرّابعة منه على أنّ حفظ الأنساب من مقاصد الزواج.⁽²⁾ وقبل التّعرض إلى تحديد نسب المولود من

(1) للاستزادة حول حجية البصمة الوراثية في الإثبات انظر: د. فواز صالح، دراسات قانونية في الأخلاقيات الطبية والحوية، المرجع السابق ص93 وما بعدها.

(2) فنظمه في الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الأول، مخصصاً له المواد من 40 إلى 46 من تقنين الأسرة محاولاً الاستجابة لتطورات العصر الراهن، ولا سيما التطورات العلميّة والبيولوجيّة الحديثة، أدرج الطرق العلميّة ضمن وسائل الإثبات في الفقرة الثانية من المادة (40)، وذلك بتعديله قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 الصادر بتاريخ 1984/6/9، بموجب الأمر رقم

تأجير الرّحم، يجب علينا بيان قواعد النّسب من جهة الأب أولاً، ومن ثمّ قواعد النّسب من جهة الأمّ ثانياً وفقاً لقواعد تقنين الأسرة الجزائري، ومن ثمّ تطبيق قواعد النّسب في القانون الجزائري على ولد تأجير الرّحم.

أولاً- النّسب من جهة الأب:

أجمع جمهور الفقهاء على إثبات النّسب من جهة الأب بالفراش لقول النّبي ﷺ "الولد للفراش وللعاهر الحجر"،⁽¹⁾ فالولد ينسب لصاحب الفراش وهو الرّوج، فما تحمله الرّوجة في أثناء قيام الرّوجية ينسب إلى زوجها إذا توافرت شروط معينة. والسّبب الحقيقي في ثبوت النّسب هو الدّخول بالرّوجة وهذا الأمر من الأمور الخفية والخاصة الّتي لا يمكن الاطلاع عليها، ولهذا لا يمكن الاعتماد على واقعة الدّخول في إثبات النّسب فيتم العدول عنها إلى السّبب الظاهر وهو عقد الرّواج الصّحيح، مع إمكان الدّخول، وألحق الفقهاء عقد الرّواج الفاسد، ونكاح الشّبهة من باب الاحتياط في إثبات النّسب. وقد اعتمد المشرع الجزائري على عقد الرّواج الصّحيح كضابط أساسي لثبوت النّسب، وما يلحق به كالأنكحة الفاسدة والباطلة.⁽²⁾

5-2 المؤرخ بتاريخ 2005/1/27. انظر: علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014 - 2015، ص4 وما بعدها.

⁽¹⁾ صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أم أمة، (4/33)، رقم الحديث: (6368).

⁽²⁾ وقد بينت حالات النكاح الفاسد المادتان (33 و34) من قانون الأسرة ومنها: إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صدق أو اشتمل على مانع قانوني أو شرعي..، ويفسخ قبل الدخول أو بعده، ويترتب

فقد نصت المادة (40) من تقنين الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار، وبالبينة، وبكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد (32 و 33 و 34) من هذا التّقنين ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب" وسوف نكتفي بتناول ثبوت النسب في عقد الزواج الصحيح، وثبوت النسب في التلقيح الصناعي.

1_ ثبوت النسب في عقد الزواج الصحيح:⁽¹⁾

نصت المادة (41) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة."

ويشترط في ثبوت النسب في الزواج الصحيح:

أ. العقد مع إمكان الدّخول، وقد أخذ المشرع الجزائري في ذلك بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنّ النسب يثبت مع إمكان الدّخول.

عليه إثبات النسب ووجوب العدة، شرط تحقق الدخول... والنكاح الباطل هو: ذلك النكاح الذي توار به سبب من أسباب الفساد أو أكثر وأوصى المشرع بإبطاله ولو بعد الدخول، فكل نكاح باطل يكون فاسداً لو تبين أمره قبل الدخول. وقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يكون فيها النكاح باطلاً، ومثل ذلك ما نصت عليه المادة (33) إذ جاء فيها " يبطل النكاح إذا اختل شرط الرضا". للاستزادة انظر: محمد ولد عال ولد محمياي أحكام النسب وطرق إثباته في القانون الجزائري والقانون الموريتاني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، كلية الحقوق، 2007 - 2008، ص 90 وما بعدها. وطفاني مخطربة، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون، جامعة امحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، الجزائر، 2006، ص 11 وما بعدها.

⁽¹⁾ وقد عرفته المادة الثانية من تقنين الأسرة الجزائري أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"

ب. أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل.

ج. أن يولد الولد لأقل مدة الحمل وهي 6 أشهر من قيام الزوجية، حيث نصت المادة (42) من قانون الأسرة على أقل مدة الحمل 6 أشهر، والمادة (43) من القانون ذاته على أقصى مدة الحمل في حال الانفصال (كالمطلقة، والغائب، والمفقود، والمتوفى عنها زوجها)، خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

وجاء في قرار المحكمة العليا في الجزائر أنه " من المقرر قانوناً أن أقل مدة حمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال، أن مدة حمل المطعون ضدها هي خمسة أشهر وعدة أيام أقل من الحد الأدنى قانوناً، فإنّ المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل من أبيه خرقوا القانون." (1)

2_ ثبوت النسب في التلقيح الصناعي:

يؤثر التلقيح الصناعي في النسب من جانبين رئيسيين هما: حالة اللجوء إلى ماء الغير في تلقيح الزوجة، وحالة التلقيح خارج المجال الزمني للزوجة، ويثبت النسب بتوفر الشروط والضوابط التي استحدثها المشرع الجزائري بشأن التلقيح

(1) المحكمة العليا، بتاريخ 1990/10/22، رقم 35087، المجلة القضائية، عدد 1، 1992، ص 86.

راجع: محمد ولد محمياي، المرجع السابق، ص 83.

الصّناعي،⁽¹⁾ فلم يعدّ شرط الاتصال يفى بقصد المشرع في ضوء إمكانية التلقيح الصناعي للزوجة وإن لم تلتق بزوجها، وهو ما أشار إليه التّعديل الأخير لتقنين الأسرة ، حيث نص القانون على الإنجاب الصّناعي وشروطه؛ وذلك في المادة (45) منه، وهي :

- أن تكون النّطفة الأمشاج من الزوجين.
- أن يكون التلقيح الصّناعي في أثناء قيام الرّوجية وبرضاها في أثناء حياتهما.
- أن يكون التلقيح في رحم الزّوجة ولا يستعان برحم أجنبية.

ثانياً_النّسب من جهة الأم:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لتحديد النّسب من جهة الأم، على عكس النّسب من جهة الأب الذي فصل المشرع الجزائري أحكامه، فاكتمى بأحكام تكفل النّسب من جهة الأب.⁽²⁾

ولم يثر نسب الولد إلى أمّه أي مشكلات قبل ظهور تقنيات التلقيح الصّناعي التي أدت إلى تجزئة الأمومة بين امرأة شاركت ببويضتها وامرأة

⁽¹⁾ زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، 2012، ص25 وما بعدها

⁽²⁾ بلباهي سعيدة، إجارة الرّحم، المرجع السابق، ص149.

حملت وولدت، فهل في نصوص القانون الجزائري المختلفة من إشارة على من يطلق عليها وصف "الأم"؟⁽¹⁾

يرى بعضهم أن المشرع الجزائري ربط الأمومة بالوضع، وذلك استناداً إلى: نص المادة (43) من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، وإلى نص المادة (321) من قانون العقوبات الجزائري، والتي تدل على أن الأم هي من تضع الولد، فلو أراد إخفاء هذه بالحقيقة بنسب الطفل إلى امرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة، يعد الفعل جريمة يعاقب عليها القانون.⁽²⁾ حيث جاء فيها " يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمداً طفلاً أو أخفاه أو استبدل طفلاً آخر على أنه ولد امرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته."⁽³⁾

ويستفاد ضمناً من هذين النصين أن نسب الطفل من أمه ثابت مهما كان الحال سواء كان شرعياً، أو غير ذلك. أما الزوج فلا يثبت إلا بالزواج.⁽⁴⁾

وقد استقر الفقه والقضاء على أن النسب يثبت من جهة الأم، حصراً، بواقعة الولادة، حيث تعدّ الولادة السبب الوحيد لإثبات نسب الولد إلى أمه، سواء

(1) المرجع السابق، نفس الموضوع، ص 149.

(2) أحمد عمراني، حماية الجسم في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشرعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2013، ص 194. أشار إليه بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص 149.

(3) قانون العقوبات الجزائري رقم 66-156 الصادر بتاريخ 8/6/1966.

(4) محمد ولد عال ولد محمياي، المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.

أكانت هذه الولادة من عقد زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة أم من غير زواج كالزنا والاعتصاب، فبمجرد أن تلد الوالدة وليدها فإن أمومتها تثبت له، ويثبت للمولد تبعاً لذلك أصول النسب وفروعه من جهة الأم. وخلافاً لذلك، فإن الرجل لا يثبت نسب الولد منه إلا من خلال الزواج.⁽¹⁾

ويثبت نسب المولود من الأبوين معاً متى تم الزواج وأمكن الاتصال بين الزوجين ومضت المدة الكافية التي يتطلبها القانون، ولا يجوز للزوج نفي الولد إلا بالطرق المشروعة، فلم يتعرض المشرع الجزائري بالتفصيل لطرق نفي النسب، واكتفى بالإشارة إليه في المادة (41) من قانون الأسرة، وكذلك المادة (59) من القانون ذاته، ويلاحظ هنا ورود العبارة بصيغة الجمع، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن ما هي الطرق المشروعة التي قصدها المشرع؟ ومتى يستعملها؟ أم أن الجواب متروك لسلطة القاضي التقديرية في تحديدها؟⁽²⁾

وذلك على عكس المشرع السوري الذي نص في المادة (129) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا عن طريق اللعان".

(1) بلباهي سعيدة، إجارة الرّحم، المرجع السابق، ص 150.

(2) محمد ولد محمياي، المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.

وبما أنَّ المشرع الجزائري استمد معظم أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية فيرجع إلى طرق نفي النسب في الفقه الإسلامي، بانتفاء شرط من شروط الفراش، ونفيه باللعان.⁽¹⁾

- نفي النسب بانتفاء شرط من شروط الفراش.

اتفق الفقهاء على أنَّ الولد لا ينسب للزوج إذا ولدت الزوجة في أقل مدة الحمل، وهي في قانون الأسرة الجزائري، كما قدمنا، (6 أشهر من الدخول)، أو لأكثر من أقصى مدة الحمل (10 أشهر) من تاريخ الانفصال أو الوفاة، أو كان الزوج غير أهل للإنجاب لصغر سنه ونحوه.⁽²⁾

- نفي النسب باللعان:

استقر القضاء بنفي النسب عن طريق اللعان،³ فقد جاء في قرار المحكمة العليا أنَّه: " من المقرر أنَّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى

(1) اللعان: هو أن يتهم الزوج زوجته حين قيام العلاقة الزوجية بالزنا وبالتالي الولد ليس منه، وقد ثبت اللعان بالكتاب والسنة والإجماع، لأنه " لما كان الفراش موجباً للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم، وتلك الطرق هي اللعان. ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص488.

(2) وعلى ذلك جاءت قرارات المحكمة العليا، أن إثبات النسب لولد وُلدَ لمدة حمل بلغت خمسة أشهر وعدة أيام وهي أقل من الحد الأدنى يعد خرقاً للقانون، كما رفضت المحكمة العليا اعتماداً على الشهادة الطبية أو الخبرة الطبية لنفي نسب الطفل إذا كان ولد لأكثر من 6 أشهر ولم يبارد الزوج إلى نفيه. استناداً إلى المادة (42) من قانون الأسرة. قرار بتاريخ 1990/1/22، ملف رقم 57756 المجلة القضائية، عدد2، ص 71. انظر: بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص152.

(3) ولم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على شرح اللعان، وأصوله، وإجراءاته، وكيفيةه ولكنه يتبناه وفق الراجح في المذهب الحنفي بموجب المادة 305 من القانون ذاته والتي أحالت إلى الراجح في المذهب الحنفي فيما سكت عنه قانون القانون السوري

اللّعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا.⁽¹⁾

وأما بخصوص أجل نفي النسب فلم ينص المشرع الجزائري على أجل نفي النسب، مما دعا القضاء إلى الاجتهاد في ذلك والاستناد على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، فمن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل.⁽²⁾

ثالثاً_ تطبيق قواعد النسب في القانون الجزائري على تأجير الرحم:

يعدّ تأجير الرحم أحد تقنيات التلقيح الصناعي التي جاءت بأوضاع هزت قواعد النسب المعروفة سواء من جهة الأب أو من جهة الأم على السواء، ولكن رغم خطورة الموضوع، والنص على منع اللجوء إليه كوسيلة للإنجاب، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحةً على نسب المولود بوساطة هذه الوسيلة للإنجاب. فلم ينسب الولد الناتج عن تأجير الرحم في ضوء قواعد النسب في قانون الأسرة الجزائري.

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة أحوال شخصية، 1998/10/20، ملف 214820، المجلة القضائية، عدد خاص، ص 82. وكذلك قرار المجلس الأعلى، 1984/11/19، ملف 34046، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص 67. انظر: محمد بن محمياي، المرجع السابق، ص 50.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة أحوال شخصية، بتاريخ 1997/7/8، ملف رقم 165408، المجلة القضائية، عدد 2001، ص 64. وفي قرار آخر بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، المرجع ذاته.

1_ من جهة الأب:

لا خلاف إذا كانت الأمّ البديلة زوجة أخرى للزوج "صاحب الحيوان المنوي" فهو الأب الشرعي قطعاً، لأنّه هو صاحب الفراش الذي ولد فيه الولد، وإنّما المشكلة في نسب المولود من جهة الأب، في حال كون الأمّ البديلة أجنبية عن الزوج، وهناك حالتان: حالة الأمّ البديلة متزوجة، أو غير متزوجة.

الحالة الأولى: إذا كانت الأمّ البديلة متزوجة، فإنّ ترجيح شرط الزوجية هو الذي تؤيده قواعد النّسب شرعاً وقانوناً، ولأنّ الأمّ البديلة، أجنبية عنه، فلا يثبت النّسب من جهة "صاحب الحيوان المنوي"؛ فإذا كانت الأمّ البديلة متزوجة فينسب المولود، في ضوء قواعد النّسب في قانون الأسرة الجزائري، إلى زوجها، إلّا أن ينفيه باللعان، فإذا نفاه عن صلبه فلا نسب له، ولا يتبع "صاحب الحيوان" المنوي لقوة الفراش.⁽¹⁾

الحالة الثانية: إذا كانت الأمّ البديلة غير متزوجة، فالترّجح صعب لأنّه يترتب عليه إمّا أن يأخذ المولود من تأجير الرّحم حكم اللقيط، فيضيع نسبه هدرًا، أو مراعاة مصلحة الطّفل المولود الذي لا ذنب له فيلحق بوالده البيولوجي تخريباً على قول بعضهم بنسب ولد الزّنا لأنّ تأجير الرّحم وإن كانت محرّمة لأنها في معنى الزّنا إلّا أنّها لا تصل إلى درجته.⁽²⁾

(1) بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص174.

(2) د. زبيدة إقروفة، التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص79.

لكن المشرع الجزائري لم يعترف لولد الزنا بالنسب أصلاً، ومن ثمّ يكون الولد ثمرة تأجير الرحم من أمّ بديلة غير متزوجة، وفق قواعد النسب في القانون الجزائري، محروم النسب من جهة الأبوة.⁽¹⁾

كما أنّ الوسيلة العلمية، هي وسيلة إثبات يستعان بها في حالة وجود علاقة شرعية، وهي الزواج، وهنا لا يمكن ثبوت نسب الطفل من أبيه البيولوجي، وذلك وفقاً لنص المادة (40) من قانون الأسرة الجزائري "يمكن إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية DNA".⁽²⁾

ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من القانون ذاته) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية. وهو ما قضت به المحكمة العليا.⁽³⁾

2_ من جهة الأم:

إنّ التّرجيح صعب، من جهة الأم، لأنّ المسألة أيضاً، محل خلاف، وكونها تتعلق بمسألة خطيرة هي نسب الطفل، فهل يمكن أن ينسب إلى الاثنين؟ أمّ ينفي نسبه؟ أي عدم عدّ أي منهما أمّاً لذلك الولد، لأنّ كليهما لم تستكمل مقومات الأمومة الكاملة، أم إشراك المرأتين صاحبة البويضة والأمّ البديلة في

(1) بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص174.

(2) واعر يوسف، البصمة الوراثية (ADN) لإثبات النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2014-2016، ص28 وما بعدها.

(3) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/3/5، ملف رقم 355180، المجلة القضائية 2007، عدد1، ص 521، أشار إليه المرجع السابق، ص166. انظر: بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص175.

نسب الطّفل وهذا ما يتعارض مع مصلحة الطّفل التي تقضي أن ينسب إلى إحداهما.⁽¹⁾

ويرى بعضهم أنّه: لا يوجد نص قانوني في تقنين الأسرة الجزائري يحسم النزاع، إلّا أن المستقر عليه فقهاً وقضاً أن نسب الطّفل يثبت بواقعة الولادة سواء أكان الحمل من علاقة شرعية أم غير شرعية، وعلى ذلك، وبناءً على الحكم الظاهر، فإنّ الأمّ هي التي ولدت الولد، فينسب الولد إلى الأمّ البديلة التي حملت به ووضعت، وهذا بحد ذاته معاملة بنقيض المقصود، من اللجوء إلى الأمّ البديلة، حتى لا تكون وسيلة إلى القيام بهذا الفعل الذي تحرّمه الشريعة الإسلامية.⁽²⁾

الفقرة-3- في القانون الإماراتي:

نظم المشرع الإماراتي أحكام النّسب في تقنين الأحوال الشخصية،⁽³⁾ وأيضاً استمد أحكامه من قواعد النّسب المقررة في الشريعة الإسلامية، فقد نص صراحةً على قاعدة "الولد للفراش" كأساس لثبوت النّسب، وسوف أتناول النّسب من جهة الأب أولاً، ومن جهة الأم ثانياً، ومن ثمّ نسقط أحكام النّسب وفقاً لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي على طفل تأجير الرّحم ثالثاً.

أولاً- النّسب من جهة الأب:

(1) د. عائشة أحمد سالم، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008، ص204.

(2) بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص175.

(3) قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم 28 لعام 2005.

إنَّ نسب الولد لأبيه، وهو الأصل، لأنَّه يتبع أباه في النَّسب فلا يثبت إلاّ بواحد من الأسباب التي ذكرتها المادة (89) إذ جاء فيها: "يُثبت النَّسب بالفراش، أو الإقرار، أو بالبينة، أو بالطَّرق العلمية إذا ثبت الفراش". وذلك لقوله ﷺ: " ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإنَّ لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم، وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً"، ولهذا كان ثبوت النَّسب من النِّظام العام فضلاً عن حق الولد نفسه وحق أبويه وحق القرابة والرحم.⁽¹⁾

1_ إثبات النَّسب بعقد الزَّواج:

اعتمد المشرع الإماراتي على عقد الزواج الصحيح كضابط أساسي لثبوت النَّسب، وما يلحق به من الزَّواج الفاسد، والوطء بشبهة، ففي الزَّواج الصحيح يتحقق الفراش الذي يثبت به نسب الولد من دون حاجة إلى شيء آخر، لأنَّ الفراش يعني كون المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه أي صاحب الفراش، كما قال الفقهاء، فمتى كان الولد ثمرة زواج وولد في أثناء قيام الزَّوجية ثبت نسبه إلى الزَّوجين من غير حاجة إلى بينة أو إقرار لما ثبت بقوله ﷺ، " الولد للفراش وللعاهر الحجر". إذ أنَّ الفراش الشرعي، هو أهم سبب من أسباب ثبوت النَّسب المبني على العقد الصحيح إذا توافرت شروطه الواردة في المادة (90) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي،⁽²⁾ والتي جاء فيها:

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والعشرون، ربيع الأول 1427 هـ، ص 162.

(2) المذكرة الإيضاحية، المرجع السابق، ص 165.

" 1. الولد للفرش إذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل، ولم يثبت عدم التلاقي بين الزوجين. 2. يثبت نسب المولود في الوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء.⁽¹⁾

وجاءت الفقرة الثانية من هذه المادة لمعالجة ثبوت النسب بالوطء بشبهة، في عقد زواج غير صحيح، وقد تكون الشبهة بسبب فساد العقد، أو لم يكن هناك عقد أصلاً كما هو الحال في شبهة الفعل أو شبهة المحل، أو شبهة الاشتباه. ويختلف عن الرّنا أنّه في الحالة الأولى يعتقد الحل، وفي الحالة الثانية يعلم الحرمة.⁽²⁾

وقد حددت المادة (91) من القانون المذكور أقل مدة حمل وأكثره منعاً للخلاف الذي يحصل احتمالاً إن حددت بغير ذلك، والتي نصت على أنّه: "أقل مدة حمل، مائة وثمانون يوماً، وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً، ما لم تقرر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك."

فلا خلاف بين الفقهاء أنّ أقل مدة حمل، هي ستة أشهر "مائة وثمانون يوماً"، أما أكثر مدة حمل فقد اختلف الفقهاء في تحديدها، وليس الاختلاف إلاّ دليلاً على أنّ المسألة اجتهادية،⁽³⁾ وهو ما أخذت به التشريعات العربية التي استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية كالمشرع الجزائري والسوري، أنّ أقصى

⁽¹⁾ كما نصت الفقرة الثامنة من المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: " يترتب على

الزواج الفاسد بعد الدخول الآثار الآتية... 2. ثبوت النسب ."

⁽²⁾ المذكرة الإيضاحية، المرجع السابق، ص 166.

⁽³⁾ المذكرة الإيضاحية، المرجع السابق، ص 167.

مدة حمل سنة واحدة شمسية وهذا الاحتياط كافٍ، وإن كان الغالب في مدة الحمل هو تسعة أشهر.

إلا أنّ المشرع الإماراتي احتاط لأمرٍ بدأ يظهر في الآونة الأخيرة، وهو ما يسمى بالسّبات حيث يتم الحمل، وفي مرحلة ما يتوقف الحمل عن النّمو لفترة، لكنه موجود حي وفق الفحوصات والاختبارات الطّبيّة، مما يزيد أقصى مدة الحمل بقدر زيادة مدة السّبات، فإذا قررت لجنة طبيّة متخصصة تشكل لهذا الغرض وجود حمل مستكن، فإنّ أقصى مدة حمل تستمر حتى الولادة.⁽¹⁾

ويحسب للمشرع الإماراتي النصّ على تقديم تقرير طبي عند حدوث مشكلة طبيّة تؤدي إلى الولادة المتأخّرة حين تكون أكثر من مدة الحمل الّتي حددها المشرع.

2_ نفي النّسب:

نظم المشرع الإماراتي دعوى اللعان كطريق لنفي النّسب، وحدد مدتها في المادة (97) من قانون الأحوال الشّخصية، والّتي جاء فيها : " للرجل أن ينفي عنه نسب الولد باللعان خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة شريطة ألا يكون قد اعترف بأبوته صراحةً أو ضمناً، وتقدم دعوى اللعان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالولادة..."

كما نصت المادة (96) على أنّه : " اللعان لا يكون إلّا أمام المحكمة ويتم وفق القواعد المقررة شرعاً، الفرقة باللعان فرقة مؤبّدة. " فاللعان وفقاً لهذه المادة

(1) المذكرة الإيضاحية، المرجع السابق، ص 167.

يؤدي إلى الفرقة المؤبدة بين الزوجين، إذ إنّه يسقط الحل بينهما إذا تم وفق القواعد المقررة شرعاً، وللملاعن أن ينفي نسب ابن الملاعنة عنه. ولذلك اشترطت هذه المادة أن يكون اللعان أمام المحكمة لضمان أن يتم وفق القواعد المقررة له بمراقبة القاضي لهذه القواعد. وللمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك.⁽¹⁾ كما نظم المشرع الإماراتي أحكام اللعان في المادة (97) بالتفصيل، إذ نصت على أنه:

" 1. إذا كان اللعان لنفي النسب وحكم به القاضي انتفى النسب. 2. إذا حلف الزوج أيمان اللعان وامتنعت الزوجة عن الحضور أو غابت وتغذر إبلاغها حكم القاضي بنفي النسب. 3. يثبت نسب الولد المنفي باللعان بعد الحكم إذا كذب الرجل نفسه. 4. للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك."

وذلك على عكس المشرع السوريّ الذي نص على اللعان كطريق لنفي النسب من دون أن ينظم دعوى النسب والمدة المحددة لسماعها. وهذا أيضاً يحسب للمشرع الإماراتي.

3_ إثبات النسب بالوسائل العلمية:

⁽¹⁾ فلم يترك المشرع للرجل أن يلاعن لنفي النسب كما شاء ومتى شاء، وإنما حدده بأن ينفي النسب للولد عنه خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة لكي لا يتراخى وينفي النسب متى أعجبه ذلك، ويثبت ذلك بالبينة. واشترطت لذلك ألا يكون الرجل قد اعترف بأبوته للمولود صراحةً أو ضمناً كقبول التهنية....المرجع السابق، ص 173 وما بعدها.

نصت المادة (89) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على الوسائل العلمية كدليل من أدلة إثبات النسب، إذ يثبت النسب بالفراش، أو الإقرار، أو البينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية أسباب الأخذ بالوسائل العلمية كدليل من أدلة الإثبات، فجاء فيها: " نبهت المادة (89) على ثبوت النسب بالطرق الحديثة مثل الفحوصات الجينية والبصمات الوراثية، وهي الوسائل العلمية التي تثبت العلاقة الحتمية بين الولد وأبيه، غير أنه منعاً من التلاعب في قضايا إثبات النسب وجعل الأمر مطلقاً لمجرد ثبوت هذه العلاقة بالفحص الطبي، فقد ربطت هذه المادة الحكم بوجود فراش، وفق ما نصت عليه المادة (90) من هذا القانون منعاً لما حدث في العديد من القضايا في أخذ نطاف من رجل وتلقيح أنثى بها من دون أن يكون بينهما رابط شرعي، ومن ثم فإنّ الفحص الطبي يثبت العلاقة الأبوية، غير أنه لا يمكن إلحاق الولد لأبيه في هذه الحالة، وقد تطورت هذه المسائل في زمننا فصار هناك مختبرات وبنوك للحيوانات المنوية، وقد وقع حديثاً ما نبه عليه فقهاء الإسلام من قولهم: ولو استدخلت أنثى مني رجل في فرجها، وهي ليست زوجة له ولا أمة... الخ، وفي ملف القضايا الجزائية العديد من مثل هذا النوع من القضايا، فليتنبه لذلك، ولعله لا يخفى علينا ما حدث مؤخراً في إحدى الدول من قيام زوجة بحفظ مني زوجها في أحد بنوك الحيوانات المنوية، ثم بعد وفاة الزوج بمدة زرعت هذه

النّطاف في رحمها بعد تلقيح بويضة منها وحملت بذلك. ولو قلنا بثبوت النّسب في هذه الحالة لصار الأمر مشكلاً من ميراث وحرمة المصاهرة مثلاً...⁽¹⁾

إذ تعدّ البصمة الوراثية دليلاً من أدلة الإثبات في القانون الإماراتي، تأتي بعد الفراش والإقرار والبيّنة ولكن بشرط ثبوت النّسب بالفراش.

ثانياً_ النّسب من جهة الأم:

نص المشرع الإماراتي صراحةً على ثبوت النّسب من جهة الأم بمجرد الولادة، فنسب الولد ثابت للأم التي ولدته فعلاً بحكم ولادته أيّاً كان سبب حمله، إذ جاء في الفقرة الثالثة من المادة (90) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "يثبت نسب كل مولود بمجرد ثبوت الولادة". فإذا ثبتت الولادة ثبت النّسب للأم، وإذا ثبت النّسب وفقاً لذلك شرعاً فقد منع القانون نفيه بعد ثبوته.⁽²⁾

وذلك على عكس المشرع الجزائري والسوري، فلم يتعرض كلّ من قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية السوري صراحةً لتحديد النّسب من جهة الأم، واكتفى بأحكام تكفل النّسب من جهة الأب. وأما إذا كانت غير متزوجة فيأخذ الطّفل حكم اللقيط.

ثالثاً_ نسب طفل تأجير الرّحم وفقاً لقواعد النّسب في القانون الإماراتي:

يتعارض عقد تأجير الرّحم مع قاعدة "الفراش" التي اعتمدها المشرع الإماراتي كأساس لثبوت النّسب، إذ ليس هناك فراش بين الرجل "صاحب

(1) المذكرة الإيضاحية، المرجع السابق، ص 164.

(2) المرجع السابق، ص 166.

الحيوان المنوي" والمرأة "صاحبة الرّحم" حتى يثبت له النّسب، كما نصّ المشرع صراحةً على الولادة، كما قدمنا، كأساس ثبوت النّسب من جهة الأمّ، وعلى ذلك لا يثبت النّسب للأمّ البيولوجية للطفل، ولا يمكنها إثبات ذلك بالوسائل العلمية، والتّي لا يمكن اللجوء إليها إلّا بشرط ثبوت النّسب بالفراش، فيثبت نسب طفل تأجير الرّحم للمرأة صاحبة الرّحم وزوجها، فالولد للفراش، إلّا إذا نفاه زوجها. أما إذا كانت الأمّ البديلة غير متزوجة فلا يثبت لها نسب لأنّ شرط الزوجية هو أساس إثبات النسب في القانون الإماراتي.

الفقرة 4_ في القانون السوريّ:

نظم المشرع السوريّ أحكام النّسب في قانون الأحوال الشّخصية، والذي استمد أحكامه، فيما يتعلق بالنّسب، من أحكام الشّريعة الإسلاميّة، فقد تناول المشرع السوريّ النّسب من الرّواج الصّحيح في حالتين: نسب المولود حال قيام الرّوجية، ونسب المولود بعد الفرقة أو وفاة الرّوج، كما تناول النّسب في الرّواج الفاسد، والدّخول بشبهة. وقبل التّعرض إلى تحديد نسب المولود من تأجير الرّحم، يجب بيان قواعد النّسب في القانون السوريّ من جهة الأب أولاً، و من جهة الأمّ ثانياً، ومن ثمّ نطبق قواعد النّسب على تأجير الرّحم ثالثاً.

أولاً_ النّسب من جهة الأب:

إنّ سبب ثبوت النّسب في الرّواج الصّحيح كون المرأة فراشاً، وذلك باتفاق الفقهاء، حتى يكون النّسب صحيحاً ينبغي أن يكون حمل الرّوجة من زوجها ممكناً، وأن تأتي الرّوجة بالولد بمدة لا تقل عن ستة أشهر من يوم العقد عليها،

وأن لا تأتي بالولد بعد أقصى مدة للحمل من يوم الطلاق، وألا ينفي الزوج هذا النسب بطريق اللعان.

1_ ثبوت النسب بالزواج الصحيح:

يعدّ الزواج سبباً لثبوت النسب من جهة الأب في قانون الأحوال الشخصية السوريّ وتعديلاته، أو ما يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية "الفراش"، والمقصود بعلاقة الزوجية تلك الزوجية الصحيحة أو الفاسدة، وسواء كان الزواج مكتوباً أو شفوياً، أما إذا كانت العلاقة بين الرجل والمرأة ليست علاقة زوجية أي علاقة زنا فلا يثبت النسب من جهة الأب. فقد نصت المادة (129) من قانون الأحوال الشخصية السوريّ رقم 59 لعام 1953، على أنه:

"1. ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين الآتين:

- أ. أن يمضي على الزواج أقل مدة حمل.
- ب. ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محتومة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل.
- ج. إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد إلى الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه." (1)

(1) فقد أخذ المشرع السوري أسوة بالمشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، انظر: قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته .

كما نصت المادة (128) من قانون الأحوال الشخصية على أن: "أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية". وقد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 4 لعام 2019، فأصبحت على النحو الآتي:

"1_ يثبت النسب بالزواج أو الإقرار أو البينة... 3_ أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً" ولا أرى فائدة من استبدال عبارة السنة الشمسية بعبارة ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً.

2_ نفي النسب باللعان:

يعدّ اللعان الطّريق الشرعي والقانوني الوحيد لنفي النسب، فقد نصت الفقرة الثّانية من المادة (129) من قانون الأحوال الشخصية السوريّ على أنه: " إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلّا عن طريق اللعان."

ولم يتولّ المشرع السوريّ تنظيم دعوى اللعان بشكل واضح بحيث يحدد شروطها، والمدة التي يمكن خلالها إقامتها، ومن له الحق بها، فقد اكتفى بما نص عليه الفقه الحنفي، تاركاً ذلك للاجتهاد القضائي، فكان قرار محكمة النقض بعدم سماع دعوى اللعان بعد مضي الموعد المحدد لها، وهو وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو أيام التهنئة، وإذا نفاه الزوج بعد مضي هذا الوقت فلا ينفي النسب ولا تسمع الدعوى به. وتعدّ أحكام النسب من النظام العام، وفق ما استقرت عليه محكمة النقض السوريّة.⁽¹⁾

(1) إذ جاء في قرار لها: " 2.. الولد للفراش ولا ينفي النسب إلا باللعان. 3. مدة إقامة دعوى اللعان تكون وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو أيام التهنئة أو حسب عرف البلد. 3. أمور النسب من

ثانياً_النَّسب من جهة الأم:

لم ينص المشرع السوري صراحةً على ثبوت النسب من جهة الأم، ولكن يستفاد ضمناً من نص المادة (129) من قانون الأحوال الشخصية، أنَّ نسب الأولاد يثبت بالزواج الصحيح من أبويهم إذا تم ذلك في مدة الحمل المقررة شرعاً، فيثبت النسب من جهة المرأة بواقعة الولادة ولا مرد لها. (1)

ثالثاً_نسب طفل تأجير الرّحم:

منع المشرع السوري بموجب قرار تنظيمي صادر عن وزير الصحة، كما قدمنا، زرع بيضة مخصبة من زوجين في رحم زوجة أخرى أو امرأة أخرى، (2) ولكن المشرع السوري لم ينص صراحةً على أثر وسيلة الإنجاب بوساطة بتأجير الرّحم على نسب المولود. فلمن ينسب الولد الناتج عن تأجير الرّحم على ضوء قواعد النسب في قانون الأحوال الشخصية السوري؟

أ. من جهة الأب:

إنَّ نسب طفل تأجير الرّحم، في ضوء هذه المواد المذكورة سابقاً، يثبت للرجل زوج المرأة صاحبة الرّحم إذا توافرت شروطها، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط فلا يثبت نسب المولود له إلا إذا أقر به.

النظام العام.. نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس 5300 قرار 2583 تاريخ 2005/12/26، مجلة المحامون الأعداد (10_11_12) لعام 2007، ص1404.

(1) د. عبد الرحمن الصابوني، شرح الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص256.

(2) المادة 25 من القرار رقم 121 لعام 2015.

وفي الواقع لا يمكن أن يقر الأب، زوج المرأة صاحبة الرحم، بطفل ليس من صلبه فإذا أراد نفي نسب الطفل لا يكون إلا باللعان.

أما الرجل صاحب الحيوان المنوي فلا يثبت نسب المولود له حتى لو كانت الحقيقة البيولوجية تثبت أنه الأب البيولوجي لهذا الطفل. لأن القانون لم يقر أيضاً بنسب ولد الزنا مع إنه من ماء الزاني ونتيجة التلقيح الطبيعي.

وإذا كانت صاحبة الرحم غير متزوجة فلا يمكن أن ينسب الطفل لامرأة غير متزوجة وفقاً لقواعد النسب في القانون السوري.

ب. من جهة الأم:

يثبت نسب طفل تأجير الرحم، بالنسبة إلى الأم، للمرأة صاحبة الرحم التي ولدته إذا كانت متزوجة، فلا نسب بين الطفل المولود وصاحبة البويضة.

ولا يمكن للأب البيولوجي أو الأم البيولوجية إثبات النسب بالبصمة الوراثية، لأن المشرع السوري لم يأخذ بالبصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب أو نفيه بين الزوجين. فقد استقر القضاء السوري على رفض البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب أو نفيه وذلك لمخالفتها لقواعد الشرع والقانون، فقد قررت محكمة النقض السورية : "إن إجراء التحاليل المخبرية (DNA) على

الطفل لمعرفة والده الحقيقي غير متوافق مع حكم القانون الذي صان الإنسان
وحدد الطرق القانونية للنسب.⁽¹⁾

إلا أنّ المشرع السوري أقرّ اللجوء إلى البصمة الوراثية، مؤخراً، وذلك
بموجب القانون رقم 4 لعام 2019، فجاء في المادة (128/2) منه: " فيما عدا
الزوجين، عند إثبات التنازع بين إثبات نسب الطفل أو نفيه يتم الاستفادة من
البصمة الوراثية." والسؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هنا مفاده كيف يتم الاستفادة
من البصمة الوراثية أو نفيه في مثل هذه الحال؟

ويحسب للمشرع المشرع السوري استعمال البصمة الوراثية كدليل للإثبات
فيما عدا الزوجين، ولكن هناك نقض واضح في هذه الفقرة، إضافة إلى خلل في
الصياغة، فمن يحق له طلب إجراء اختبار البصمة الوراثية؟ وهل يمكن إجبار
الشخص على الخضوع لهذا الاختبار؟

الفقرة-5- في القانون المصري:

لم يتطرق المشرع المصري، إلى موضوع النسب إلا فيما يتعلق بدعوى
إنكار النسب، وفي حالة وفاة المورث وفي حالة الطلاق، تاركاً الأمر لما هو
معمول به في المذهب الحنفي بإثبات النسب في حال حياة المورث.⁽²⁾ وقد

(1) نقض سوري، غرفة شرعية رقم 2633 بتاريخ 81 / 8 / 2009، مجلة المحامون، العدد 9-10،

عام 2011. وفي قرار آخر بتاريخ 18/9/2018، المحامون، الأعداد (1،2،3،4) لعام 2018.

(2) تنص المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية رقم 1 لعام 2000 على أن " تصدر الأحكام
طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد به نص في تلك القوانين
بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة."

نصت المادة (15) من قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لعام 1929، على أنه: " لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد المطلقة و المتوفى عنها زوجها إذا أتت به أكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة."

وبناء على ما تقرره القاعدة السابقة يتضح أن: كل حمل تحمله الزوجة يفترض أنه من زوجها لكونها مقصورة عليه،⁽¹⁾ وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية من أن النسب يثبت بالفراش الصحيح بين الزوجين.⁽²⁾

وذلك إعمالاً للرأي الراجح في الفقه الحنفي: أن النسب يثبت بالفراش (الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة) والإقرار، والبيئة.⁽³⁾

كما جاء في المادة (7) من القانون رقم 1 لعام 2000 المتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أنه: " لا تقبل دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى، وعليها إمضاءه، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء."

(1) د. هند السمحاوي، المرجع السابق، ص 547.

(2) نقض مصري، رقم 53/74 ورقم 44/38، مجموعة الأحكام القضائية التي قررتها محكمة النقض السورية في عام 1980 إلى 1985، قاعدة 138، ص 162. انظر: المرجع السابق، ص 548.

(3) د. محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 117.

ونصت المادة (17) من القانون ذاته على أنه في حالة الإنكار لا تقبل دعوى الزوجية في الوقائع اللاحقة على (أول آب سنة 1981) إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية، ولكن استثناء من هذا الأصل فإن دعوى التّطليق أو الفسخ دون غيرها تكون مقبولة إذا كان الزّواج ثابتاً بأي كتابة سواء أكانت رسمية أم عرفية.

ويستثنى من هذا لأصل دعوى النّسب فإنّها تكون مقبولة، ولو لم يكن الزّواج ثابتاً بوثيقة رسمية على نحو ما سلف، وذلك لما استقر عليه القضاء من أنّ دعوى النّسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية لذلك لا تخضع لما أورده المشرع من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها.⁽¹⁾

وفي الفقه المصري ينبغي أن يبادر بنفي النّسب بمجرد علمه بالولادة، أو خلال مدة معقولة، تقدر عند النّزاع معيار الرّجل المعتاد في ذات الظروف، وهي أيام التّهنئة المعتادة.⁽²⁾

وتعدّ البصمة الوراثيّة كوسيلة من وسائل إثبات النّسب أو نفيه مقبولة في القانون المصري ولكن تأتي منزلتها بعد الأدلة الشرعية، وفقاً لقرار محكمة النقض المصرية، أنّ الخبرة البيولوجية مشروعة فيما يتعلق بالبنوة ما لم يكن هناك مبرر شرعي لعدم إجرائها.⁽³⁾

(1) المرجع السابق، ص 548.

(2) د. حسيني هيك، المرجع لسابق، ص 571.

(3) نقض مصري، الغرفة المدنية الأولى رقم 120806/200، 1998. انظر: د. هند السمحاوي، المرجع السابق، ص 549.

وفي حالة تأجير الرَّحَم يثبت النَّسب للمرأة صاحبة الرَّحَم وزوجها فالولد للفراش، فلا يمكن للأب البيولوجي والأم البيولوجية إثبات النَّسب بالبصمة الوراثية لوجود دليل شرعي صحيح يثبت به النَّسب وهو "الفراش". وفي حال نفى زوج صاحبة الرَّحَم النَّسب فلمن ينسب الطفل؟ وأيضاً إذا كانت المرأة صاحبة الرَّحَم غير متزوجة لا يمكن أن ينسب لها وفقاً لقواعد النسب في القانون المصري.

وبناء على ما سبق فإنَّ تأجير الرَّحَم يتعارض مع قواعد النَّسب في القانون السوريّ والجزائري والمصري والتي تعد من النظام العام. وفي الواقع لن يقبل زوج المرأة صاحبة الرَّحَم أن ينسب له طفل ليس من صلبه فله أن ينفيه باللعان، فيأخذ الطفل حكم اللقيط " مجهول النَّسب". إذ لم يعرف لهذا الطفل والداً وفقاً لقواعد النَّسب، حيث ينشأ عن هذه التَّقنية في الإنجاب أربعة أطراف، على الأقل، يمكن أن يطالبوا بحقوقهم على الطفل ابتداءً من النَّسب إلى الحق بالحضانة وغير ذلك. فهذا ما خلفته هذه التَّقنيات التي نتجت عن تطبيقات التلقيح الصناعي .

المطلب الثاني

نسب الطفل المولود نتيجة عقد تأجير الرحم في الشريعة الإسلامية

تتولد العديد من المشكلات في حالة الاستعانة برحم الغير، فمن يكون الأب وكذلك الأم، فهل الأب صاحب الحيوان المنوي أو صاحب الفراش أو غير ذلك؟ وهل الأم صاحبة البويضة؟ أم صاحبة الرحم والحمل والولادة أم غير ذلك؟ وفي هذه الحالة أيكون النسب للمرأتين معاً أم لإحدهن؟

لذا سوف نعرض آراء الفقهاء في نسب الطفل من جهة الأب (الفقرة الأولى) نسب الطفل من جهة الأم (الفقرة الثانية).

الفقرة 1- ثبوت النسب من جهة الأب:

يثبت النسب من جهة، كما قدمنا، في الفقه الإسلامي بأحد الطرق الآتية: عقد الزواج، سواء أكان صحيحاً أم فاسداً، الإقرار، البينة.⁽¹⁾

فبالنسبة إلى نسب طفل تأجير الرحم من جهة الأب: يقل حجم المشكلة عندما تكون صاحبة الرحم زوجة ثانية لصاحب "الحيوان المنوي"؛ لأنه في هذه الحالة يكون هو الأب الشرعي للمولود قطعاً؛ لأنه هو صاحب الفراش الذي ولد فيه الولد. وهذا القياس على قول النبي ﷺ "الولد للفراش".⁽²⁾

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، المرجع السابق، (218/3-215).

(2) وهذا ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة؛ فقد أجاز مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة بناء على حالة الضرورة أن تحمل الضرة بالإجابة عن ضررتها صاحبة البويضة، وأثبت النسب فيها لصاحبة البويضة وجعل الزوجة "الضرة" المتطوعة بالحمل عن

وإنما المشكلة في نسب المولود من جهة الأب، في حال كانت صاحبة الرّحم امرأة أجنبية، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في نسب الطّفل المولود من حيث ثبوت نسبه إلى الأب البيولوجي (صاحب الحيوان المنوي)، أو صاحب الفراش (زوج صاحبة الرّحم)، فيختلف الأمر فيما إذا كانت صاحبة الرّحم غير متزوجة أو متزوجة.

أولاً_ إذا كانت المرأة صاحبة الرّحم المستأجر ليست ذات زوج:

يرى بعض الفقهاء المعاصرين إذا كانت المرأة صاحبة الرّحم غير ذات زوج، فإنّ الولد ينسب للزوج (صاحب الحيوان المنوي)، وذلك استناداً على:

1_ ما أفتى به بعض العلماء بإلحاق نسب ولد الزاني إلى الزاني إذا أقر ببنوته وكانت الزّانية غير متزوجة،⁽¹⁾ أي لم يكن له منازع في البنوة، قالوا: بل ثبوته هنا أولى؛ وذلك لاحترام المائين حال الإنزال، وحال التلقيح، مراعاة لمصلحة المولود، لأنّ تأجير الرّحم وإن كان فيه معنى الرّنا إلّا أنّه لا يصل إلى درجته، فثبوت النسب فيه من باب أولى.⁽²⁾

ضرتها في حكم الأم بالرضاعة للمولود لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته، إلا أنه قد عاد ورجع عن هذا الحكم في دورته الثامنة خوفاً من اختلاط الأنساب ...⁽¹⁾ وهو قول الحسن البصري وابن سيرين: يلحقه الولد إذا أقيم عليه الحد ويزنه. وقال إبراهيم: يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة، وقال إسحاق: يلحقه وذكر عروة وسليمان ابن يسار نحوه، وروي عن علي ابن عاصم عن أبي حنيفة، أنه قال: " لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد ولده." أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ، 1985، (345/6).

⁽²⁾ د. إقروفة زبيدة، التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص76.

2_ يشترط في النسب المشروعية في أثناء إنزال الماء الذي تحقق منه الولد، ولا يشترط فيه المشروعية في أثناء إدخاله في رحم المرأة، فالتلقيح الصناعي تم بماء الزوجين تربطهما علاقة زوجية صحيحة، فالبويضة من المرأة ملقحة من زوجها، فلا يعدّ محرماً، إنما عدم المشروعية في استخدام رحم الغير، فعدم المشروعية متعلق بإدخال البويضة المخصبة في رحم امرأة أخرى، ولا يشترط لثبوت النسب في أثناء الإدخال.⁽¹⁾

ثانياً_ إذا كانت المرأة صاحبة الرحم متزوجة:

وهنا هل ينسب الولد من تأجير الرحم، إلى زوج صاحبة البويضة؟ أم إلى زوج صاحبة الرحم البديل؟ وهل يمكن اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب؟

الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنّ نسب الولد يعود إلى صاحب الحيوان المنوي لا إلى الزوج صاحب الفراش؛⁽²⁾ لأنّ الولد يخلق من ماء أبيه،

(1) د. عبد الحليم محمد منصور علي، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام: دراسة فقهية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الإسكندرية، 2013، ص174.

(2) د. يوسف القرضاوي، رد فقهي على تساؤلات، مجلة العربي، عدد 1398/ 232 هـ، ص46. وأيده في ذلك: د. أحمد لطفي؛ "أرى في ظل هذه التطورات العلمية والتقدم الطبي، فإن النسب يثبت لصاحب الحيوان المنوي حيث تتخذ مجموعة من الإجراءات التي يتكفل الحيطة والحذر لضمان سلامة هذه العملية من أية شوائب، إذ يمنع الاتصال الجنسي بين صاحبة الرحم وزوجها طيلة الفترة الأولية المخصصة لإجراء العملية، لذا فإن الطفل ينسب إلى الرجل صاحب الحيوان المنوي." انظر، أحمد محمد لطفي أحمد، إتحاف الأنام بحكم تأجير الأرحام، المرجع السابق، ص1034. كما أجاب العلامة البوطي رحمه الله؛ عند سؤاله عن زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أجنبية: "وأما عن نسب الجنين في هذه الحالة. فلا ريب منسوباً إلى أبيه الذي هو صاحب النطفة، أي مصدر الحيوان

وقد قاسوا هذه المسألة على الوطء بشبهة أو من نكاح فاسد، الذي رجح فيه الفقهاء ثبوت النسب من الواطئ.⁽¹⁾

فينسب الولد لصاحب الحيوان المنوي قياساً على نكاح الشبهة الذي يثبت فيه النسب للواطئ لا لصاحب الفراش، لأنَّ حرمة تأجير الرّحم لا يؤثر في نسب الحمل الذي لا ذنب له.⁽²⁾

ويرد على هذا الرّأي أنّ الرّوج صاحب الحيوان المنوي لا يربطه بالمرأة صاحبة الرّحم البديل أي سبب من أسباب ثبوت النسب لجهة الأب، وهي: الرّواج الصحيح أو الفاسد أو وطء الشبهة.

الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرّأي إلى أنّ نسب الولد يثبت من صاحب الفراش وهو زوج المرأة التي تم وضع البويضة المخصبة في رحمها تبرعاً لحمله أو باستئجار رحمها، كما يرون أن (يثبت نسب الجنين من أبيه وأمه وهو في بطن أمه، لأنَّ الأصل في ثبوت النسب عقد الزواج). واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، وفي لفظ البخاري: "الولد لصاحب الفراش"⁽³⁾

المنوي. إذ الأبوة ليست أكثر من معنى في شخص الأب" فكان جوابه عاماً دون تخصيص إن كان الأم البديلة متروجة أو غير متروجة. انظر: د. محمد سعيد البوطي، مع الناس، المرجع السابق، ص77.

⁽¹⁾ علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية (طرق إثباته ونفيه)، دار قطني بن الغجارة للنشر والتوزيع، الدوحة، ط1، 1994، ص226.

⁽²⁾ د. علي عارف علي، المرجع السابق، ص102.

⁽³⁾ تم تخريجه سابقاً، ص318 هامش رم (2).

إنَّ الحديث حصر نسب الولد بالفراش، ولا شك أنَّ صاحب الفراش في موضوع بحثنا هو زوج المرأة الأجنبية، صاحبة الرَّحْم، الَّتِي لَقَحَتْ بنطفة أمشاج الأبوين البيولوجيين، فعلى هذا لا ينتقي الولد عنه شرعاً إلاَّ باللعان، كما هي القاعدة في الفقه الإسلامي، فإذا نفاه عن صلبه فلا نسب له. (1)

ويرى ابن القيم أنَّ حكم النَّبِيِّ ﷺ في هذه القضية مراعاة للشَّيْئَيْن وإعمالاً للدليلين، لأنَّ الفراش دليل لحوق النَّسَب، والشَّبه بغير صاحب الفراش دليل نفي النَّسَب، وأعمل الرسول ﷺ أمر الفراش بالنَّسبة إلى المدعي لقوة الفراش، وأعمل الشَّبه الظاهر بعتبة بن أبي وقاص بالنَّسبة إلى ثبوت المحرمية بينه وبين سودة بنت زمعة. (2)

ولن ينسب الولد إلى فراش الأب البيولوجي، أي الَّذي تكون الطَّفل من صلبه، ولكن هل يمكن لزوج صاحبة الرَّحْم أن ينكر هذه البنوة فيثبت أنَّ هذا الولد ليس من مائه عن طريق البصمة الوراثية؟ فليس هناك ما يجبر ذلك الزَّوج أن يأوي ولداً ليس من مائه. فهل أجازت الشَّريعة الإسلاميَّة اللجوء إلى البصمة الوراثية كدليل من أدلة الإثبات؟

(1) د. عارف علي عارف، المرجع السابق، ص101.

(2) يقول ابن القيم : " وهذا من أحسن الأحكام وأثبتها وأصحها، ولا يمتنع ثبوت النسب من وجه من دون وجه، فهذا الزاني يثبت النسب منه بينه وبين الولد في التحريم والبعضية دون الميراث والنفقة والولاية وغيرها، وقد تتخلف بعض أحكام النسب عنه مع ثبوته لمانع، وهذا كثير في الشريعة مثل القتل والردة فإنهما يمنعان من الميراث مع ثبوت النسب ، فلا ينكر من تخلف المحرمية بين سودة وبين هذا الغلام لمانع الشبه بعتبة، وهل هذا إلا محض الفقه." زاد المعاد في هدى خير العباد، لابن القيم، (414/5).

ثالثاً_ إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية:

لا تمنع الشريعة الإسلامية من تقبل المستجدات الطبية ومواكبتها شريطة أن تكون نافعة للبشرية، ولا تعارض قواعد الشريعة الإسلامية، ويثور التساؤل هنا عن منزلة البصمة الوراثية بين طرق الإثبات الشرعية للنسب وهي: "الفرش، الإقرار، البينة"، وهل تقدم البصمة الوراثية عند التعارض؟

اختلف الفقهاء المعاصرون حول موقع البصمة الوراثية من أدلة الإثبات المعتبرة شرعاً، فبعضهم لا يفرق بين الأدلة المتفق عليها والأدلة المختلف فيها، فيرى تقديم البصمة الوراثية على جميع الأدلة التقليدية؛ نظراً إلى قطعيتها في ميدان الطب الحديث. وبعضهم الآخر يفرق بين الأدلة المختلف فيها وغيرها، فيمكن تقديم البصمة الوراثية في إثبات النسب على الأدلة المختلف فيها، بينما لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على الأدلة المتفق فيها كالفرش والإقرار والشهادة، وإنما تستعمل كقرينة يستدل بها القاضي ليطمئن في حكمه، أو يستعملها المقر بالنسب لتزول عنه شبهة قد اعترضت طريقه، ولكن كله استثناء والأصل هو الفرش والإقرار والبينة.⁽¹⁾

وما ذهب له جمهور الفقهاء المعاصرين عند التعارض بين البصمة الوراثية و الأدلة المتفق عليها أنه يقدم الفرش والبينة والإقرار لمصلحة الولد في انتسابه إلى أبيه. أما بالنسبة إلى القيافة أو القرعة فقد اتفق العلماء المعاصرون على

(1) ميادة القرعان، البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2017، ص99 وما بعدها.

أنّ البصمة الوراثية تقدم على القیافة في إثبات النسب،⁽¹⁾ نظراً لقوة دلالتها العلمية غير المبنية على التّخمين.⁽²⁾

وقد عالج المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر هذه المسألة ونصت قراراته على أنّه لا يجوز الاستفادّة من البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يحوز تقديمها على اللعان. فقد حدد مجلس المجمع الفقهي الإسلامي ضوابط وشروط البصمة الوراثية في مجال النسب، وهي:

1. لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

2. لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التّأكد من صحة الأنساب الثّابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزّاجرة، لأنّ في ذلك المنع حماية لأعراض النّاس الثّابتة وصوناً لأنسابهم.

3. يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ. حالات التّنّازع على مجهول النسب بمختلف صور التّنّازع التي ذكرها الفقهاء سواء أكان التّنّازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء أو شبهة ونحوه.

(1) تطلق القیافة في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية على إلحاق الولد بمن يشبهه عند الاشتباه، وذلك بما فتح الله للقائف من علم وخبرة. الشريبي، مفني المحتاج، المرجع السابق، (488/4).

(2) أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع 2014، ص 82.

ب. حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج. حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود حدث لم يمكن من التعرف على هويتهم، أو بقصد التحقق من هويات الأسرى في الحروب والمفقودين.⁽¹⁾

ونتيجة لذلك المسلم به في الشريعة الإسلامية بالنسبة للنسب هو قاعدة "الولد للفراش"

وانطلاقاً مما سبق يستفاد من قاعدة الولد للفراش أنّ المولود يستفيد من قرينة النسب للفراش، عند تمسك الأمّ صاحبة الرحم وزوجها بالمولود استناداً على قاعدة الولد للفراش في الوقت الذي تكون فيه البصمة الوراثية للأب والأم البيولوجيين، ويدعم ثبوت النسب ناحية هذا الزوج هنا ولادة صاحبة الرحم؛ لذلك الطفل على فراش الزوجية فتكمل بذلك الشروط القانونية والشرعية لثبوت النسب جهة الأم صاحبة الرحم.⁽²⁾

(1) من قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي ، في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في المدة ما بين 5-10/ 2002/1، ومما جاء فيه : "إن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة؛ بحيث لا تقدم على الأدلة الشرعية المتفق عليها، حتى مع التعارض معها؛ لأن الأدلة الشرعية في إثبات النسب أقوى في تقدير الشرع، ولكن يجب تقديمها على القيافة؛ لأنها طريقة متقنة وأدق منها.."

(2) د. هيام السماوي، إيجاز الرحم، المرجع السابق، ص 581.

ولكن هل يصح للأب البيولوجي أن ينكر هذه البنوة؟ فيثبت أن هذا الولد من صلبه عن طريق استخدام البصمة الوراثية؟ فإن استطاع أن يثبت ذلك بالشفرة الوراثية هل ينسب الطفل إليه؟

ويجاب على ذلك أنه إذا تعارضت البصمة الوراثية مع الفراش كسبب للنسب يعلو عليها في الإثبات، وكذلك الإقرار والبيئة وتطبيقاً على ذلك يثبت نسب المولود إلى صاحب الفراش وهو زوج الأم صاحبة الرحم، إلا إذا أنكر نسبه.⁽¹⁾

الفقرة 2_ ثبوت النسب من جهة الأم:

إن سبب ثبوت النسب من المرأة في الفقه الإسلامي هو "الولادة"، فمتى جاءت بولد ثبت نسبه منها، ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح أو فاسد، أو اتصال بشبهة، أو من زنا، لأن الولد جزء منها، وإذا ثبت النسب منها بالولادة كان لازماً ولا يمكن نفيه.⁽²⁾

وتعدّ مشكلة نسب طفل تأجير الرحم من جهة الأم من المشكلات الشائكة والمعقدة؛ التي ثار حولها الجدل في الأوساط الفقهية، فقد كان النسب من جهة الأم واضحاً لا يكاد يخفى، لأن الولادة أمر معلوم وواضح ولا يقع فيه إشكال ولا نزاع إلا في حالات الاشتباه في المواليد، إلا أن تأجير الرحم أثار العديد من

(1) د. هيام السحاوي، المرجع السابق، ص 581.

(2) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص(253-255).

مشكلات نسب الولد من جهة الأم، كونها جزأت الأمومة بين امرأتين، إحداهما شاركت في تكوين الجنين بيولوجياً، والثانية شاركت بحمله ووضعه.

فهل يرجح جانب الوراثة أم الحمل والولادة، وسواء كانت زوجة ثانية للزوج أم امرأة أجنبية؟ فقد اختلف الفقهاء إلى أربعة أقوال؛ فنظر بعضهم إلى أصل التكوين، فالأم الحقيقية هي "صاحبة البويضة"، وبعضهم الآخر نظر إلى الغذاء والحمل والولادة، فالأم الحقيقية هي "صاحبة الرحم".⁽¹⁾ فقد حاول كل من الرأيين إثبات الأمومة الكاملة إلى إحداهما، فينسب إلى إحداهما وينفي دور الأخرى، وغيرهم جمع بين التكوين والغذاء وذهب أن الطفل له أمان "التي حملت والتي ولدته"، فهل يمكن أن ينسب إلى الاثنين؟ أم ينفي وصف الأمومة عن كليهما؟ وبناء على ذلك ذهب الفقهاء في تحديد الأم الشرعية لطفل تأجير الرحم إلى أربعة أقوال وهي:

القول الأول: يرى أن الأم الشرعية هي المرأة "صاحبة الرحم" التي حملت وولدت، فهي أمه الحقيقية وهو قول بعض الفقهاء المعاصرين.⁽²⁾

القول الثاني: يرى أن الأم الشرعية هي المرأة "صاحبة البويضة" وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي برأي أكثرية أعضائه، والمجلس الفقهي

(1) د. أحمد محمد لطفي، إتحاف الأنام بحكم تأجير الأرحام، المرجع السابق، ص1022.

(2) د. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، طبعة دار النهضة، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص152. د. عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، طبعة وزارة الأوقاف الإسلامية، الأردن 1401 هـ، ص45. أشار إليهما أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص1022. و د. محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص283. و د. زياد سلامة، أطفال الأنابيب، طبعة ذات السلال، الكويت، ص139.

الأوروبي للإفتاء والبحوث، وأغلب الفقهاء المعاصرين.⁽¹⁾ وهذا يتناقض مع موقف المجامع الفقهية بتحريم ومنع تأجير الرحم.

القول الثالث: يرى قسم ثالث رأياً مختلفاً في هذه المسألة أنّ للطفل أمّين: الأمّ التي حملته وولدت، والأمّ التي كونته "صاحبة البويضة".⁽²⁾

القول الرابع: يرى الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، رحمه الله؛ لا المرأة صاحبة البويضة ولا المرأة صاحبة الرّحم، تعدّ الواحدة منهما أمّاً له، فحكمه حكم اللقيط الذي لم يتبين له أمّ.⁽³⁾

أولاً_ نسب المولود إلى المرأة صاحبة الرّحم:

يرى أصحاب هذا الرأي،⁽⁴⁾ الولد الناتج عن عملية الرّحم المستأجر ينسب إلى صاحبة الرّحم لا صاحبة البويضة، وتترتب أحكام الولد بالنسبة إلى أمه والأمّ بالنسبة إلى ولدها. فيرث من أمه التي ولدته، فالأمّ الحقيقيّة هي صاحبة الرحم لا البويضة. واستندوا في ثبوت نسب المولود إلى الأمّ التي حملته على

(1) د. محمد علي البار، طفل الأنبوب والإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 68. د. محمد نعيم ياسين، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت من 24 إلى 26 /5/ 1983، ص 130.

(2) د. جابر مهران، الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق بجامعة أسيوط عدد 21 لعام 1998، ص 199، و ص 200. وأيدته في ذلك الدكتورة هيام السمحاوي، إيجار الرّحم، المرجع السابق، ص 601.

(3) د. البوطي، مع الناس، المرجع السابق، ص 78.

(4) د. محمد علي البار، طفل الأنبوب والإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 161. ود. أحمد عمرو الجابري، الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، الطبعة الأولى، دار الفرقان الأردن 1994، ص 59 وما بعدها.

الآيات القرآنية الكريمة الدالة بوضوح على أَنَّ الأمَّ التي تحمل وتلد وَأَنَّ التَّخْلِيْقَ يكون في بطن الأمِّ وذلك بصريح النَّصِّ، ومن ثَمَّ فَإِنَّهُ لَا عِبْرَةَ بِالذَّلَالَةِ فِي مَقَابِلَةِ النَّصِّ فَيَنْسَبُ الْوَلَدُ إِلَى الْأُمِّ الَّتِي وَلَدَتْ وَحَمَلَتْ وَوَضَعَتْ وَزَوَّجَهَا وَلَيْسَ لَصَاحِبَةِ الْبُيُوضَةِ وَمِنْ تِلْكَ الْآيَاتِ:

1_ ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَرَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ (٧٨) ﴿١﴾

وجه الدلالة: تدل الآية على أَنَّ التي ولدت وكان الجنين في بطنها وإليها ينسب الطفل. وتسمى أُمًّا بصريح النَّصِّ. كما أَنَّ اللَّهَ ﷻ يخبرنا أَنَّهُ أَعْلَمُ بِنَا، ونحن في بطون أمهاتنا، فيكتب الملك الموكل بالجنين رزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد؟^(٢) فالأُمُّ الَّتِي أعطت البويضة تفتقر لمعاني الأمومة بينما الأخرى هي الَّتِي عانت مشاق الحمل والولادة وَأَنَّ جوهر البذل والعطاء وَأَنَّ الأمَّ في القرآن الكريم هي الَّتِي ولدت. وَأَنَّهُ متى حملت المرأة ذات زوج وولدت يكون النَّسَبُ لها ولزوجها أيا كان مصدر الحمل سواء تلقيح صناعي أم غصب أم زنا...^(٣)

(١) سورة النحل، الآية: (٧٨).

(٢) ابن كثير؛ تفسير القرآن العظيم، للإمام الحافظ عماد الدين إسماعيل بن كثير الدمشقي، المجلد الرابع، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠م، ١٤٢١هـ، ص ١٥٧.

(٣) د. محمد مرسى زهرة، المرجع السابق، ص ٥٢٣.

2_ ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفَصَّلَهُ فِي غَمَمِينَ أَنْ
أَشْكُرَ لِي وَلِوَلَدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ﴿١٩﴾﴾⁽¹⁾ ﴿خَلَقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ
ذَٰلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَهُ الْمُلْكُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ ﴿٢٠﴾﴾⁽²⁾

وجه الدلالة: تدل الآيات السابقة على أن الإنسان أول خلقه في بطن أمه،
حيث يكون نطفة أولاً ثم يكون علقة، ثم يكون مضغة ثم يخلق لحماً، وعظماً،
وعصباً، وعروفاً وينفخ فيه الروح فيصير خلقاً آخر، ويكون في ظلمات ثلاث،
ظلمة الرحم، وظلمة المشيمة التي هي كالغشاوة والوقاية على الولد، وظلمة
البطن، كذلك قال ابن عباس، رضي الله عنه، ومجاهد بن عكرمة وأبو مالك
والضحاك وقتادة وابن زيد.⁽³⁾

3_ ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ
وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا...﴾⁽⁴⁾

وجه الدلالة: إن الله يأمرنا بالإحسان إلى الوالدين، والحنو عليهما وخص
الأم بزيادة فضلها لما قاسته بسببنا في حال الحمل من مشقة وتعب في حال
الطلق والولادة.⁽⁵⁾ وسمى الأم الوالدة أي التي ولدت.

(1) سورة لقمان، الآية: (14).

(2) سورة الزمر، الآية: (6).

(3) ابن كثير؛ المرجع السابق، ص46.

(4) سورة الأحقاف، الآية: (15).

(5) ابن كثير، ج4، المرجع السابق، ص157.

4_ ﴿..إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...﴾⁽¹⁾ ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ﴾⁽²⁾

وجه الدلالة: دلت الآيتان دلالة لا خفاء فيها أَنَّ الأمَّ الحقيقية لطفل تأجير الأرحام هي التي حملت وولدت، حيث صرحت الآية الأولى أَنَّ الولادة سبب الأمومة، والآية الثانية أسندت الإرضاع إلى المرأة القائمة بالإرضاع، ومفهوم المخالفة يقتضي نفي الأمومة عن التي لم تلد ولم ترضع، فلا أم في حكم القرآن الكريم إِلَّا التي ولدت.⁽³⁾

إِنَّ هذه الآية وإن أفادت أَنَّ المظاهر منها ليست أمًّا إِلَّا أنها أفادت أَنَّ الأمَّ هي التي ولدت، وكما يقول الأصوليون "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب."⁽⁴⁾ فمحل النزاع هنا: الأمَّ الحقيقية التي ينسب إليها الطفل، وقد حسم النزاع القرآن بأسلوب الحصر الذي أتى لبيان الأمَّ الحقيقية وهي التي ولدت ووضعت.

ولا تعدَّ الأمَّ من الرضاع أمًّا حقيقية. لأنَّ الأمَّ المرضعة وإن سميت أمًّا إِلَّا أنها ليست أمًّا بالمعنى الحقيقي للأمومة، فتسميتها أمًّا لترتب بعض الأحكام الشرعية على الرضاعة. بدليل أَنَّها لا ترث من الرضيع، ولا يرث منها. ولا

(1) سورة المجادلة، الآية: (2).

(2) سورة البقرة، الآية: (233).

(3) محمد علي البار، طفل الأنبوب، المرجع السابق، ص 183، 67.

(4) القواعد لابن اللحام؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي المعروف بابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، طبعة دار الحديث، الطبعة الأولى، 1413 هـ، 1994م، القاعدة 61، ص 307.

تتفي صفة الأمومة عن أمّه التي ولدت وإنما لها مكانة الأم في التّكريم وتحريم الزّواج فقط ولا إرث ولا نسب بينهما. (1)

وقد نوقش هذا الدليل بما يأتي: إنّ حصر الأمّ في المرأة التي حملت وولدت يتعارض مع قوله تعالى: ﴿وَأُمّهَتُكُمْ الّٰتِيَّ اَرْضَعْنَكُمْ﴾ (2) لأنّ الله تعالى سماها أمّاً ، فإنّ هذا لا ينفي أن تسمى غير التي حملت وولدت أمّاً أيضاً، كالأمّ بالرضاع وإن لم تحمل وتلد.

إنّ الله تعالى وإن سمى غير التي تلد أمّاً، أو التي حملت وولدت أمّاً سماها الله والدة، وجعلها أحق برضاع ولدها عن الأمّ الأجنبية لأنّها أحنى وأرق، وانتزاع الولد الصغير منها إضرار بها. (3) إلّا أنّه لم ينف عن التي حملت وولدت صفة الأمومة الحقيقيّة، بل أثبتها بأسلوب يدل على تخصيصها بها. وذلك في قوله تعالى: ﴿.. لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ (4)

فالأمّ والوالدة مترادفان، والوالدة اسم فاعل من ولد يلد، فكيف تكون والدته حقيقية ولا تكون أمّاً شرعاً؟ ومعلوم أنّ الأمّ الحقيقية على المجاز والوالدة

(1) د. محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص373، 374.

(2) سورة النساء، الآية: (23)

(3) القرطبي، ج1، ص1072.

(4) سورة البقرة، الآية: (223).

الحقيّة هي التي ولدت فكيف سماها الله والدّة. ويقرر المجتمع أنّه غير ولدها.
وأنّ الأمّ الحقيقية هي الأمّ الأخرى التي لم تلده وهي صاحبة البويضة.⁽¹⁾

إنّ هذه الآية جاءت في سياق الرّد على المظاهرين، والمظاهر يقول
لزوجته: أنت علي كظهر أمي، فيدعي بهذه الكلمة أنّ زوجته أصبحت أمّاً له
ويحرمها على نفسه بناء على هذه الكلمة فجاء الرّد من الله ﷻ بما يفيد أنّ
زوجاتكم لسن أمهاتكم، وإنّما هن اللاتي ولدنكم. فهذا النصّ الكريم نزل لسبب
خاص، حيث نزل رداً على الذين يشبهون زوجاتهم بأمهاتهم "الظهار". ويفهم
من ذلك أنّه من باب القصر الإضافي وليس قصراً حقيقياً والقصر الإضافي لا
يفيد النّفي في الحقيقة ماعدا المقصور عليه.⁽²⁾

ثانياً_ نسب المولود إلى المرأة صاحبة البويضة:

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنّ النسب في حالة الرّحم المستأجر
يثبت لصاحبة البويضة،⁽³⁾ ويترتب على ذلك النّفقة والميراث وغيرها من

(1) د. محمد علي البار، طفل الأنبوب والإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص68. د. محمد نعيم
ياسين، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام...، المرجع السابق، ص130. والشيخ علي الطنطاوي، آراء
التلقيح الصناعي، بحث منشور في ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، ص489. أشارت إليه هيام
السمحاوي، المرجع السابق، ص593.

(2) د. هيام السمحاوي، إيجار الرّحم، المرجع السابق، ص591.

(3) د. مصطفى الرزقا، فتاوي مصطفى الرزقا، قدم لها د. يوسف القرضاوي، الطبعة الأولى، دار
القلم، دمشق، 1420 هـ، 1999. ص505.

الحقوق،⁽¹⁾ ومنهم القائلون بجواز الحمل عن طريق الرّحم المستأجر، ومن ثم قالوا بجواز استئجار رحم الضرة.⁽²⁾ واستندوا في رأيهم على الأدلة الآتية:

1_ اهتم القرآن الكريم بالعوامل البيولوجية كأساس لثبوت النسب، حيث ذكر في أكثر من موضوع أنّ الأصل في الإنسان النطفة وأنها أساس تكوينه، وهي المسماة بالنطفة الأمشاج، حيث تبدأ بالانشطار منذ لحظة التخصيب، أي الخلية تصبح خليتين، والخليتان أربع وهكذا حتى يتم تكوين مئات الخلايا التي تشبه ثمرة التوت، ثم تتطور هذه النطفة إلى علقه، وتنمو العلقه عن طريق امتصاص الغذاء من البرك الدموية الرحمية، وفي تلك الفترة يكون الاتصال بين دماء الأم وخلايا التغذية في الجنين اتصالاً مباشراً، وتتغذى الكرة الجرثومية من هذه الدماء، كما أنّها تتغذى بإفرازاتها الغدد الرحمية، أو ما يسمى بلبن الرّحم الذي تتغذى عليه العلقه، وتتطور بعد العلقه نطفه، وقد جاءت آيات القرآن مؤكدة تلك التطورات.⁽³⁾ ونظراً لأهمية النطفة على النحو السابق، ذكرها الله تعالى في كتابه في اثني عشر موضعاً، وذلك في الآيات الآتية: ﴿ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ ﴾⁽⁴⁾ ﴿ أَكْفَرْتُم بِالَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّاهُ رَجُلًا ﴾⁽⁵⁾ ﴿ فَإِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ تُرَابٍ

(1) د. ماهر حامد الحولي، الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الرحم، المرجع السابق، ص16.

(2) د. زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، المرجع السابق، ص179. ود. عارف علي عارف، الأم البديلة، المرجع السابق، ص99.

(3) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، جدار السعودية والتوزيع، جدة، 1999م،

1420 هـ، ص198 وما بعدها.

(4) سورة النحل، الآية: (4).

(5) سورة الكهف، الآية: (37).

ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لَّيْبِنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْدَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئاً ﴿٥﴾⁽¹⁾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَماً فَكَسَوْنَا الْعِظَمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٦﴾⁽²⁾ ﴿٣٧﴾ أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُُمْنَى ﴿٣٧﴾⁽³⁾

فهذه الآيات تدل على أن الإنسان خلق من نطفة أي بويضة ملقحة بماء يخرج من بين الصلب والترائب، ونقل بعدها إلى أطوار إلى أن ولد ونشأ.⁽⁴⁾ مما يدل أن الولد ينسب لصاحبة البويضة التي خصبت بماء زوجها وفقاً للحقيقة البيولوجية التي ذكرها القرآن الكريم.⁽⁵⁾

ومن المعروف أن التلقيح الصناعي يتم عن طريق أخذ حيوان منوي من الرجل وبويضة من المرأة خارجياً في أنبوب بوسيلة طبية معنية، ويكون النسب للأب والأم، وإذا قلنا أن رحم الأم المستعارة مجرد أنبوب، يمكننا القول إن النتيجة واحدة فالبويضة من الأم والماء من الأب لينمو كيف ما كان؟ والمرأة صاحبة الرحم لا تعطي للطفل إلا الغذاء ولا يستفيد منها سوى ذلك ولا تعطيه

(1) سورة الحج، الآية: (5).

(2) سورة المؤمنون، الآية: (14).

(3) سورة القيامة، الآية: (37).

(4) الجامع لأحكام القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص 3792.

(5) د.محمد مرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص522 وما بعدها.

أي صفة وراثية. فعدم اختلاط الأنساب في هذه العملية مأمون ويختلف عن الزنا، فمادة الزنا أنّ الحيوانات المنوية يقذفها الرجل في بطن هذه المرأة ويتم التحامها بأي بويضة تلقي بها أو تنزل إليها من المبيض إلى الرحم وهو ما يفرق بين هذه العملية والزنا⁽¹⁾

وقد نوقش هذا الدليل بما يأتي: لا يعتمد النسب على العوامل الوراثية وحدها، وإن كان لتلك العوامل أهمية كبرى في صفات الخلق، إلا أنّ النسب أوسع من ذلك وأشمل علمياً وشرعياً؛ وأيضاً، في الاتجاه الطبّي الجديد أنّ الإنسان نتاج العوامل الوراثية وتفاعلها مع البيئة المحيطة، وأشد هذه البيئات التصاقاً به هو رحم أمه بصرف النظر عن الكروموزومات التي تحمل الشفرة الوراثية، إلا أنّ هذا السلوك الوراثي يتأثر بالبيئة، فالإنسان الذي يحمل كروموزومات تجعل عنده استعداداً لمرض السكري، وقد لا يمرض إلا إذا تعرض ووضع في بيئة تجعل مرض السكري يظهر عليه، وكذلك الطّفل قد يحمل كروموزومات المبيض الأصل الذي استتبط منه، ولكن وجوده وتكونه وتغيّره صحياً وجسماً متأثر بالرحم، الذي حمل فيه، فالفكرة غير مستغربة من الناحية الطّبية أن ينسب الولد الذي حملته وولدت له لزوجها.⁽²⁾

(1) د. محمد فوزي ضيف الله ود. محمد نعيم ياسين: ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام...، المرجع السابق، ص 211، ص 227.

(2) د. ماهر حتوت في نفس المرجع السابق، ص 231، 232.

2_ استدلوا بقول النَّبِيِّ ﷺ " الولد للفراش وللعاهر الحجر ".⁽¹⁾

وجه الدلالة: إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جعل الفراش علة للحكم بالولد، إذ لا معنى للفراش إلا الزوجية الصحيحة، فالولد في الحديث لا يعني التقاء ماء الرجل مع ماء المرأة، وترتيباً على ذلك فإذا كان للرجل زوجة صارت فراشا له، فإذا أتت بولد لمدة الحمل صار ولده، وتجري بينهما الأحكام المترتبة عليه.⁽²⁾

وقد نوقش هذا الدليل بما يأتي: إِنَّ هذا الحديث خارج عن محل النزاع، فهو وراد في النسب من جهة الأب، فليس في الحديث دليل لا من قريب ولا من بعيد على أحقية صاحبة البويضة بالنسب.⁽³⁾

ثالثاً_ نسب الطفل إلى امرأتين " صاحبة الرّحم وصاحبة البويضة":

يقول في ذلك د. جابر مهران: " إِنِّي وَاللّٰهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالٰى أَعْلَمُ أَرَى أَنَّ للطفل أمين: الأولى: المرأة التي حملت والثّانية: المرأة صاحبة البويضة."

أما الأمومة الأولى: فدليلها ما ذكره القائلون إِنَّ أمّه من حملته، وإن كانت أدلتهم لا تصلح إلا لإثبات الأمومة الناقصة للولد على أساس فقدان وصف ضروري آخر للأمومة الكاملة، وهو أَنَّ تكون بويضتها سبباً في تكوين الطفل، وإن لم تكن كذلك فهي أم بالوكالة فقط، وتنطبق عليها ما رأى أصحاب هذا القول لأنّ هذه الأمّ لم تعطه أيّاً من جيناتها الوراثيّة.

⁽¹⁾ تم تخريجه سابقاً.

⁽²⁾ شرح النووي على صحيح مسلم، 37/ 10، الإنجاب في ضوء الإسلام، المرجع السابق في ذات الموضوع.

⁽³⁾ سعد الشويرخ، أحكام التلقيح الصناعي، المرجع السابق، ص 384.

وأما الثانية: صاحبة البويضة، فهي أمّه، أيضاً، لكنها ليست أمّاً كالأمّ المرضعة، بل إنّها أمّه التي أعطته جيناتها الوراثية، وإن كانت لم تحمله في رحمها، وعليه فليست أمومتها كاملة، لأنّ وصفاً من أوصاف الأمومة الكاملة وهو الولادة لم يتحقق.⁽¹⁾

وترى د. هند السماوي في ذلك أنّ المرأة صاحبة الرّحم، وإن لم تكن أمّه شرعاً، فإنّها ليست بأجنبية، بل هي بمنزلة أمّ بالرضاع. بمعنى أنّ النسب يثبت للأمّ البيولوجيّة والأمّ بالرّحم معاً. ويرجح ذلك من خلال الأدلة الآتية:

1_ أوجه الشبه بين أهمية دور كلّ من الأمّ بالرّحم والأمّ الجينية وتكامل كل منهما:

إنّ إطلاق صفة الأمّ على التي حملت ووضعت فقط من غير أن تكون البويضة منها إطلاقاً على غير الهيئة الكاملة لها، والعكس أيضاً فيه ظلم لها وإطلاق صفة الأمّ على صاحبة البويضة من دون الحمل والمشقة أيضاً على غير الهيئة، ولكننا نرى أنّ أقل ما يقال: "أنّ الوليد فيه جزئية من صاحبة البويضة توجب الرضاعة. إذا فكلاهما مشتركان في تكوين الطّفل، ومن ثم تعلق حقه بهما معاً."⁽²⁾ ونستدل من سنة النّبي ﷺ لنسب النسب يشترط أن يكون الماءان محترمين حال الإدخال ولا يشترط حال الإخراج. فالنّبي جعل الغلام ابناً لزمعة مع ظهور أنّه ليس ابناً لزمعة، وجعل "الولد للفراس" فالحقيقة العلميّة ليست بالضرورة هي الحقيقة الشرعيّة، فالشّرع يحكم بالظاهر والحقيقة

(1) د. جابر مهران، المرجع السابق، ص200.

(2) د. هيام السماوي، المرجع السابق، ص603.

علمها عند الله تعالى. ⁽¹⁾ ويستدل من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا
الَّتِي وَلَدْنَهُمْ﴾ ⁽²⁾ ..خَلَقَكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي
ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ⁽³⁾

2_ احتمالية انتقال الصفات الوراثية من الأم بالرحم إلى الجنين:

إذ لا يمكن التسليم بالرأي الذي يقول إنَّ الجنين لا يستفيد من صاحبة
الرحم غير الغذاء، فهذا كلام غير سليم، فإضافة إلى الوسط البيئي الذي يحيط
بالجنين في الرحم هناك وسط بيئي أكبر يحيط بالجنين والأم معاً. وهو الوسط
الاجتماعي الذي تعيش فيه الأم. وهذا ما كان ينصحنا به الأطباء في أثناء
الحمل وهو ألا تتعرض الأم إلى أي ضغوط نفسية، وأن تعيش في جو هادئ
لأن كل هذا يؤثر في الجنين. فينبغي ألا نسلم بالرأي الذي يقول إنَّ الجنين لا
يأخذ سوى الغذاء من الأم بالرحم. فالرحم يؤثر في الصفات الوراثية للجنين
وليس مجرد عامل مساعد، ففي أثناء نمو البويضة المخصبة يمكن أن تضاف
بعض الصفات الوراثية إليها من الأم التي تغذيها عن طريق المشيمة من
الرحم. ⁽⁴⁾

(1) المرجع السابق، ص 610 وما بعدها.

(2) سورة المجادلة، الآية: (2).

(3) سورة النحل الآية رقم (78).

(4) د. هيام السحاوي، المرجع السابق نفس الموضوع.

3_ مركز الأمّ الرّحمية بالنّسبة للجنين:

كما أنّه لا يمكن القول إنّ صفة الأمومة تنصرف إلى الأمّ التي حملت وعانت مشكلات الحمل والولادة والبذل والمشقة، على عكس صاحبة البويضة التي اقتصر دورها على إفراز البويضة من دون حمل أو أي مشقة ومتاعب، مما ينفي النّسب عنها ويثبت النّسب للأمّ التي حملت وولدت؛ لأنّ هذا فيه إجحاف وظلم على الأمّ البيولوجية لأنّ لجوئها إلى الإنجاب بتلك الطّريقة في الغالب بسبب عجزها عن أن تصبح أمّاً...⁽¹⁾

رابعاً_ نفي النّسب عن المرأتين "صاحبة الرّحم وصاحبة البويضة":

وهو قول د. محمد سعيد رمضان البوطي؛ أمّا من حيث صفة الأمومة فيأخذ حكم اللقيط الذي لم يتبين له أمّ، أي لا المرأة صاحبة البويضة ولا المرأة صاحبة الرّحم، تعدّ الواحدة منهما أمّاً له. إذ كلاّ منهما أحرز جزءاً من معنى الأمومة، وقد علمنا أنّ الأمومة كلّ لا يتجزأ بموجب بيان الله عز وجل ... ولا شك أن إسقاط (الرّحم)، من حيث هو جزء من معنى الأمومة، عن الاعتبار، عبث صريح ببيان الله في أكثر من موضع. وذلك في مثل قوله تعالى: ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ذَٰلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَهُ الْمُلْكُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ﴾⁽²⁾

(1) المرجع السابق نفس الموضوع.

(2) سورة الزمر، الآية: (6).

فلا يجوز أن ينسب الطفل إلى صاحبة البويضة التي تم علوق الحيوان المنوي بها، لتعتبر أمّاً شرعية له، مادام الإخصاب تم في غير رحمها. ذلك أنّ الأمومة لا تتجراً.. هي كل يتألف من صاحبة البويضة، وصاحبة الرحم التي ترعرع الجنين فيه، فليس عبثاً إناطة البيان الإلهي أمومة الأم بتنامي الجنين في بطنها، فقد جعل الأمومة أثراً للحمل.⁽¹⁾

وقد ذهب بعضهم إلى القول إنّ كل صور الإنجاب غير الجائزة شرعاً، ومنها تأجير الأرحام، لا يثبت فيها نسب المولود من صاحب النطفة، وإن عرفت نسبته بيولوجياً عن طريق البصمة الوراثية، ومن ثمّ فإنه يأخذ حكم اللقيط. وإن نسب إلى الأمّ التي ولدته بإحدى الصّور غير المشروعة فإنّه لا يثبت النسب لزوجها ومن ثمّ فإنّ زوجها يأخذ حكم الملتقط له، له ما للملتقط وعليه ما على الملتقط.⁽²⁾

الرأي الشخصي: بعد عرض الأدلة الفقهية حول نسب الطفل المولود من عملية تأجير الرحم أرى أنّ الرأي الذي انتهى إلى أنّ يأخذ هذا الطفل حكم اللقيط هو الرأي الأرجح، وذلك للأسباب الآتية:

1_ لكل مولود بأمه صلتان تكون محصلتها نزوله بأكمل صورة: صلة تكوين ووراثية، وأصلها البويضة، وصلة حمل وولادة وحضانة، وأصلها الرحم. فلم نعهد تقسيماً للأمومة بين امرأة تفرز البويضة وامرأة تحمل إلّا بعد ظهور هذه النّازلة التي ابتدعها الغرب " الأمّ البديلة". لذا ينفي نسب طفل تأجير الرحم عن المرأة

(1) د. البوطي، مع الناس، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

(2) د. عطا عبد المعطي السنباطي، المرجع السابق، ص 299 وما بعدها.

"صاحبة البويضة و صاحبة الرّحم" فالأمومة لا تتجزأ. حيث يرجح قول العلامة البوطي رحمه الله .

فالأمّ في عرف النّاس، ووقت نزول القرآن الكريم وبيان السنّة النبوية؛ هي صاحبة البويضة والحمل والولادة في الوقت ذاته، فإطلاق الأمّ على التي حملت وولدت فقط من غير أن تكون البويضة منها، أو العكس، إطلاق على خلاف الهيئة الكاملة للأمومة وقت التّنزيل والبيان.

2_ إن الشرط الأساسي لإثبات النّسب من جهة الأب هو الزوجية، وترجيح شرط الزوجية هو الذي تؤيده قواعد النّسب قانوناً وشرعاً؛ فلا يمكننا التّفريق بين قاعدة " الولد للفرّاش " وحق الأزواج، الذين استأجروا الرّحم، في نسب الطّفل المولود من هذه العملية إليهم، فالأمّ صاحبة الرّحم ليست بفرّاش الرّوج صاحب الحيوان المنوي، فلا يثبت نسب المولود منها لصاحبي البويضة المخصبة من جهة، ومن جهة أخرى لا يثبت لها النّسب. ومن ثمّ ينتفي النّسب وتنتفي الحقوق التي تعد أثراً له؛ لأنّها لا ترتبط به بأي سبب من أسباب ثبوت النّسب؛ فهي لم تحمل بمقتضى زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو بملك اليمين، فلا تدخل تحت أي علاقة من العلاقات التي رتب عليها المشرع أثر النّسب. فالعوامل البيولوجية معتبرة إذا كانت في الإطار الذي رسمه الشارع. ومن ثمّ لا يثبت النّسب من جهة الأب(صاحب الحيوان المنوي). فيأخذ الطّفل حكم اللقيط، فيضيع نسبه، على الرّغم من أنّه لاّ ذنب له فلا يلحق بوالده البيولوجي، وفق ما رأى بعضهم تخريجاً على قول بعض أهل العلم بنسب ولد الرّنا لأنّ تأجير الرّحم، وإن كان محرماً لأنّه في معنى الرّنا، إلّا أنّه لا يصل إلى

درجتها، ولكن ولد الزنا لا يعترف به استناداً على قول النبي ﷺ: "للعاهر الحجر" والعاهر: هو الزاني وله الحجر؛ أي الخيبة وعدم ثبوت النسب، فكيف نخالف قول نبينا ﷺ "وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى"¹ بنسب ولد الزنا وقياساً عليه ثبوت نسب طفل تأجير الرّحم!!

أما إذا كانت صاحبة الرّحم ذات زوج، فينسب لزوجها، لولادته على فراشه وليس له أن ينفيه إلاّ باللعان. و المحتمل أن ينفي صاحب الفراش نسب هذا الولد فما الذي يجبره أن يؤوي ولدأ ليس من صلبه. ولا يستطيع الزوجان صاحبا البويضة المخصبة إثبات نسب الطّفل لهما بالأدلة البيولوجية والبصمة الوراثية. أما إذا قبل زوج صاحبة الرّحم أن ينسب له طفل ليس من صلبه فعندئذ ينسب الطّفل إليهم استناداً إلى قاعدة "الولد للفراش".

وهنا ينبغي أن نبين مفهوم مجهول النسب في الشريعة الإسلامية:

لم يتطرق الفقهاء إلى تعريف مجهول النسب ولكنهم تعرضوا إلى من يحمل هذه الصّفة كاللقيط والمنبوذ و الدّعيّ ولد الزنا، وسوف تستعرض هذه المفاهيم لتحديد مجهول النسب:

1_معنى اللقيط:

تعددت تعريفات الفقهاء للقيط، حيث عرّفه الحنفية أنّه: "اسم لحَيّ مولود، طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الزّينة."⁽²⁾ وعرفه المالكية أنّه: "

(1) سورة النجم، الآية: (3).

(2) ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، المرجع السابق، (155/5)

كل صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رَقَّه".⁽¹⁾ وهو عند الحنابلة "كل طفل منبوذ" أو "طفل لا مميز، لا يعرف نسبه ولا رَقَّه طرح في شارع، أو ضل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز"⁽²⁾

وتكاد هذه التعريفات تتفق في مجمل معانيها، لكن الاختلاف يبدو واضحاً في التسمية، وهي مفردات ذات صلة باللقيط وتحمل صورة من صورته.⁽³⁾

2_المنبوذ:

وهو الملقى والمطروح، والتقط الشيء: لقطه وعثر عليه من غير قصد أو طلب. سمي لقيطاً باعتبار مآله بعد أن يلقى وي طرح يتم لقطه، وتفاؤلاً لاستصلاح حاله.⁽⁴⁾ فإنَّ لفظ المنبوذ أعم من لفظ اللقيط، حيث إنَّه يشملُه وغيره، أما اللقيط فيكون من هذا المنبوذ، أو يحمل هذا اللفظ عند إلقائه بدايةً.⁽⁵⁾

3_الدَّعي:

(1) ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، (124/4)

(2) منصور البهوتي، كشاف القناع، (266/4)

(3) مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، إعداد أ. صفية الوناس حسين، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، الجزائر، ص418.

(4) المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، من دون طبعة، 1414هـ، 1993، (210/10).

(5) صفية الوناس، المرجع السابق، ص418.

وقد ورد فيه تعريفات منها: "أنَّه الشَّخص الَّذي يكون نسبه مجهولاً"⁽¹⁾ أو يدعى ابناً لغير أبيه،⁽²⁾

من خلال دراسة هذه الألفاظ نجد أنَّ المنبوذ يسمى كذلك لأنَّه ينبذ أو يطرح، واللقيط سمي لقيطاً باعتبار أنَّه يلقط، والدَّعي سمي دعياً لأنَّه يدعى بغير أهله، أو أنَّه مجهول النَّسب فيدعيه آخرون. فمجهول النَّسب يطبق على كل طفل ضل أو طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزَّنا فلا يعرف نسبه.⁽³⁾

ومن وجهة نظري يندرج طفل تأجير الأرحام تحت صور مجهول النَّسب في الفقه الإسلامي، فكل من الآباء البيولوجيين للطفل يدعون ابناً ليس لهم لم يأتِ على فراش الزوجية. فقد يعجز الآباء عن إثبات نسب الطِّفل لعدم توافر شرائط الزواج الصَّحيح، ولمخالفة تأجير الرحم لقواعد النَّسب في الفقه الإسلامي، إذ لا تعدُّ البصمة الوراثية من أدلة إثبات النَّسب. فيأخذ الطِّفل حكم مجهول النَّسب،⁽⁴⁾ فقد حرم الفقه الإسلامي التَّلاعب بالأنساب، أو محاولة انتساب الابن لغير أبيه، حيث قال رسول الله ﷺ: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام."⁽⁵⁾ وللحفاظ على النَّسب فإنَّ حق الطِّفل أن يأتي إلى هذه الحياة بالطَّريقة الشرعية التي أقرها الله، وهي الزَّواج

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، (207/7).

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، (121/14).

(3) صفية الوناس، المرجع السابق، ص419.

(4) وهذا ما أيده القاضي الشرعي الأول محمود المعراوي في لقائي معه بتاريخ 25/4/2017 الساعة 4:25 مساءً. أن يسجل الطفل مجهول النسب وذلك لأن تأجير الأرحام محرم كونه يخالف قواعد النسب في القانون السوري والتي تعد من النظام العام.

(5) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، (55/4)، رقم الحديث: (6385).

الشّرعي، وليس بطرق أخرى، وهذا الحق يتحمله المجتمع بكامله، وذلك من خلال إغلاق الأبواب التي يأتي منها الأطفال غير الشرعيين أو الأطفال مجهولي النسب.

المبحث الثاني

آثار عقد تأجير الرحم في القوانين التي تبيحه

أصبح التعريف بالنسب القانوني، في العقود الأخيرة، موضوعاً مطروحاً في التشريعات، وذلك في ضوء التّقدم الطّبي، وعلى وجه الخصوص ظهور اختبار الحمض النّووي "DNA"، وتغيّر أشكال الأسر، فقد واجهت العديد من الدّول الغربية أشكالاً من الأسر أكثر تنوعاً، وتبين الإحصاءات العالميّة أنّ عدداً متزايداً من الأطفال قد ولدوا خارج إطار الرّوجيّة، سواء أكان الآباء غير متزوجين "خليّين" أو كانوا آباء منفردين "Single parents"، وعلى ذلك إنّ ازدياد عدد الأطفال الذين يعيشون في أسر متقلّبة، إضافة إلى ظهور الرّواج من الجنس ذاته، والذي أصبح مباحاً في عدد قليل من النّظم القانونيّة، فقد أدت هذه التّطورات في أشكال الأسر، وفي العلوم الطّبيّة إلى ظهور العديد من النّظريات القانونيّة في جميع الدّول، بما في ذلك القوانين المتعلّقة بالنّسب، فقد اختلفت الدّول اختلافاً كبيراً في تنظيم العديد من القضايا ومنها: الاعتراف بالبصمة الوراثيّة كدليل لإثبات النّسب، والاعتراف بالرّواج من الجنس ذاته، وذلك تبعاً للبيئة الثقافيّة والاجتماعيّة والسياسيّة للدولة.⁽¹⁾

⁽¹⁾ فلا يوجد توافق دولي حول تحديد النسب القانوني في هذه الظروف الجديدة والتصدي لها. فقد أجبرت هذه الأشكال الأسرية المتغيرة الدول إلى النظر ضمن مسائل أخرى، في مدى ما ينبغي أن يؤديه ما يسمى "الأبوة الاجتماعية" بدور تحديد الوالدية القانونية انظر: مؤتمر لاهاي الخاص لعام 2011، المرجع السابق، ص 7 وما بعدها.

ومن ثم فإنّ القوانين التي أباحت عقد تأجير الرّحم أقرت نسب المولود للزوجين تبعاً لذلك، ونظمت مسألة النّسب بنصوص قانونية. فكان التّشريع البريطاني، من التّشريعات التي أجازت هذا العقد، وأقرت نسب المولود للزوجين بالقانون الصّادر بتاريخ 1991/11/1 وتعديلاته، فقد أجاز للقضاء عدّ المولود من تأجير الرّحم كأنه مولود من زواج عادي. كما أقرت بعض الولايات المتحدة الأمريكية نسب الطّفل المولود من تأجير الرّحم عندما أجازت هذا العقد.

وعلى ذلك سوف نبحت على التّوالي في نسب طفل تأجير الأرحام كنموذج للدول التي أجازت العقد، وأقرت نسب الطّفل في مطلبين: في المملكة المتحدة (بريطانيا)، وفي بعض الولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الأول

آثار عقد تأجير الرحم في قانون المملكة المتحدة (UK)

تقوم قواعد النسب في قوانين المملكة المتحدة على أساس الحقيقة البيولوجية، وتلعب الأدلة العلمية " البصمة الوراثية " دوراً كبيراً في إثبات النسب ونفيه، ويثبت نسب الولد للشخصين اللذين أخذ منهما مخزونه الوراثي، أي مجموع جيناته، ويجوز دحض قرينة شرعية أبوة شخص أو عدم شرعيتها عن طريق آخر يثبت أن علاقة نسب أخرى مختلفة هي أكثر احتمالاً. ولا شك في أن البصمة الوراثية تجعل من هذه الاحتمالية أمراً شبه أكيد.⁽¹⁾ ونتساءل هنا عن موقف المشرع في المملكة المتحدة من نسب طفل تأجير الرحم؟ وهل أعطى تنظيم المشرع لعقود تأجير الأرحام حلاً للمشكلات القانونية المعقدة التي تواجه القضاء؟

الفقرة 1_ تنظيم المشرع البريطاني نسب طفل تأجير الأرحام:

نظم المشرع في المملكة المتحدة نسب الطفل المولود من تأجير الرحم تبعاً لإباحة هذه الوسيلة، حيث إن عقود تأجير الأرحام تعدّ قانونية عندما تكون إيثاراً بموجب القوانين النّازمة لها في المملكة المتحدة.⁽²⁾

(1) وذلك منذ صدور قانون (Law Reform Act) عام 1969، انظر: د. فواز صالح، دراسات قانونية في الأخلاقيات الطبية والحيوية، المرجع السابق، ص 99.

(2) وتخضع عقود تأجير الأرحام في المملكة المتحدة، كما قدمنا، لقانون تأجير الأرحام عام 1985، وقوانين التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 1990 و2008، وقانون التخصيب البشري وعلم الأجنة

فقد بين المشرع البريطاني الآباء القانونيين للطفل،⁽¹⁾ وفق ما يأتي:

أولاً_ الأم القانونية للطفل في القانون البريطاني:

إنّ الأم القانونية في القانون البريطاني هي الأمّ التي حملت وولدت، حيث نصت المادة (33) من قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 2008 على قرينة بسيطة (Irrebuttable Presumption) تفترض أنّ الأمّ التي تحمل الطّفل، هي الأمّ القانونيّة للمولود بغض النّظر فيما إذا كان المولود ناتجاً عن بويضة ملقحة من المرأة الحاملة أو غيرها، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس.⁽²⁾

ثانياً_ الأب القانوني للطفل:

نميز بين حالتين فيما إذا كانت الأمّ البديلة متزوجة أم لا:

1_ إذا كانت الأمّ البديلة متزوجة:

لعام 2010 (فيما يتعلق بطلب حضانة الطفل ونسبه)، وقانون تبني الأطفال لعام 2002، والمادة (13) من قانون القواعد الإجرائية للأسرة لعام 2010.⁽¹⁾ وأفضل استعمال لفظ الآباء القانونيين بدلاً من لفظ الآباء الشرعيين إذ يختلف النسب في القوانين البريطانية، لأن النسب لا يقتصر على الأطفال الشرعيين بل يشمل الأطفال غير الشرعيين، إضافة إلى أنه لم يعد مفهوم الآباء لديهم عبارة رجل وامرأة فقد يكون الآباء رجلين أو امرأتين أو رجلاً عازباً أو امرأة عازبة..

⁽²⁾ See Article;(s.33/1)of 2008 Act ; " Meaning of “ mother”(1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and egg, and no mother women, is to be treated as mother of the child..." .

يكون الأب القانوني للطفل، في هذه الحالة، هو زوج الأم القانونية، حيث نصت المادة (35) من القانون ذاته على أنه: "الأب القانوني للمولود، هو زوج الأم القانونية وقت إجراء العملية متى كانت المرأة الحاملة بالطفل (سواء بواسطة بويضة ملقحة في رحمها أو تم التلقيح في رحمها تلقيحاً صناعياً) متزوجة وقت إجراء العملية، إلا في حال أعلن الزوج رفضه هذه العملية فلا يتحمل المسؤولية، إذ إن الأب القانوني للطفل هو زوجها إذا وافق على هذه العملية." (1)

2_ إذا كانت الأم البديلة غير متزوجة:

نميز هنا بين حالتين إذا كانت الأم البديلة على علاقة مع رجل أو لم تكن على علاقة مع أحد:

أ. إذا كانت الأم البديلة على علاقة برجل خلال فترة تأجيرها لرحمها، فيعدّ هذا الرجل هو الأب القانوني الثاني للمولود، إلا في حال رفض إجراء هذه العملية فلا يتحمل المسؤولية. (2)

ب. وفي حال لم تكن على علاقة بأي أحد، فيتم تحديد الأب القانوني للمولود بإحدى الطرق الآتية:

(1) See; (s.35) of the 2008 Act: Meaning of father" women married at time of treatment.(1) (2)"

(2) See; (s.42) of the 2008 Act: " woman in civil partnership at time of treatment.(1)(2)"

- الأب القانوني للمولد هو الأب المفوض (commissioning father) الذي طلب إجراء العملية طالما أنّه هو أيضاً الأب البيولوجي للمولد (biological father) ما لم يكن هناك أي اتفاق مخالف.
- الأمّ القانونيّة للمولد هي الأمّ المفوضة (commissioning mother)، وهي من طلبت إجراء عملية تأجير الرحم وفوضت الأمّ البديلة بالحمل نيابة عنها، ويمكن أن يكون الأب القانوني هو الأب غير المشارك في عملية التلقيح الصناعي، حيث تبين للأمّ البديلة ذلك إذا تم إجراء العملية في عيادة إخصاب مرخصة قانوناً.⁽¹⁾
- لا يعدّ المتبرعون بالحيوانات المنوية آباءً قانونيين للمولود.⁽²⁾

ويتم نقل النسب وفقاً لشروط وإجراءات بسيطة، حيث يقوم الزوجان أو الخيلان أو الشريكان المستأجران لرحم الأمّ البديلة، بتقديم طلب إلى الجهات القضائية المختصة "Parental order" والحصول على قرار من المحكمة يسمح بنقل بنوة الطفل المولود من الأمّ البديلة وزوجها (إن كانت متزوجة) إلى الآباء المفوضين، الذين طلبوا إجراء عملية الرحم المستأجر، خلال الستة أشهر التالية لولادة الطفل بعد موافقة الأمّ البديلة التي يجب أن تصرح بها خلال ستة أسابيع من الولادة،⁽³⁾ فهي الأمّ القانونيّة للطفل في القانون البريطاني، فقط بموافقتها يمكن تغييرها، من دون أن تحصل على مقابل مادي.

⁽¹⁾ See; (s.36)(s.43) of the 2008 Act.

⁽²⁾ See; (s.41) of the 2008 Act.

⁽³⁾ See;(s.53/3) of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008; "(3) Except in a case falling within subsection (11), the applicants must apply

وبموجب هذا القانون يمكن انتقال النسب من الآباء القانونيين إلى الآباء المفوضين ويحق لهم، تقديم طلب (parental order) إلى الجهات القضائية لنقل نسب الطفل المولود، ولكن وفق الشروط الآتية:

1. أن يكون الآباء المفوضون، الذين يريدون إجراء عملية الرّحم المستأجر، زوجين، وقد تم توسيعه في قانون 2008 إلى الشركاء المدنيّين "مثلي الجنس" والخلان.⁽¹⁾

2. أن يرتبط كل من الآباء المفوضين بتكوين الطفل بيولوجياً أو أحدهما على الأقل.⁽²⁾

3. أن يكونا قد أتما الثامنة عشر من عمرهم.⁽¹⁾

for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born." Also paragraph(11) of Article (54) of 2008 Act: " An application which; (a) relates a child born the coming into force of section, and(b) is made by two person who, throughout the period applicant under subsection (2) of section (30) of the 1990 Act, where not eligible to apply for an order under that section in relation to the a child as husband and wife,.."

⁽¹⁾ Article;(s. 54/2)of the 2008 Act : " the applicants must be : (a) husband and wife.(b) civil partners of other, or (c) two person who are living as partiers in a enduring family relationship and are not with prohibited degree of relationship in relation to each other."

⁽²⁾ See; paragraph (1) of Article (54)of the 2008 Act: "(b) the gametes of at least one the applicants were used to bring about the creation of the embryo..."

4. أن يقدم طلباً إلى الجهات القضائية المختصة لنقل النسب خلال مدة ستة أشهر بعد ولادة الطفل.⁽²⁾

5. يجب أن يقيم الطفل مع الوالدين مقدمي الطلب أو مع واحد منهما داخل المملكة المتحدة.⁽³⁾

ويمكن للمحكمة أن تسمح لأطراف الاتفاق على دفع مقابل "نفقات معقولة"، ويعود للقاضي توصيف عقد تأجير الرّحم فيما إذا كان عملاً تجارياً أم لا، وأنّ المبالغ التي اتفق عليها بين الطرفين ليست ربحية، فيجب على المحكمة قبل البت بقبول طلب الآباء التّأكد من أنّ عقد تأجير الرّحم كان إثّاراً، ويطبق هذا النّص حتى لو أجري عقد تأجير الرّحم التّجاري على نحو قانوني في الخارج.⁽⁴⁾

وبعد صدور قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 2010، أصبحت مصلحة الطفل الفضلى، هي الاعتبار الأوّل للمحاكم، فيما يتعلق بطلب "parental order"، فإذا تمت مخالفة الإجراءات المنصوص عليها، أو التّنازع بين أطراف عقد الأمّ البديلة، أو ولادة الطفل من أم خارج المملكة المتحدة، فإنّ

⁽¹⁾ See; paragraph (5) of Article (54): "At the time the making order both applicants must have attained the age of 18"

⁽²⁾ See; paragraph (3) of Article (54).

⁽³⁾ See; paragraph (4) of Article (54).

⁽⁴⁾ See; paragraph (8 .9.10) of Article (54).

القضاء يحكم وفق ما تمليه مصلحة الطّفل.⁽¹⁾ وعلى هذا النّحو يجب أن تأخذ المحاكم أولاً بالحسبان " مصلحة الطّفل الفضلى " عند النّظر بطلب " parental order"، بدلاً من الأخذ بالاعتبارات الّتي أملتّها الأنظمة السّابقة، فيجب أن تأخذ المحاكم بالحسبان، وفق ما نصت عليه المادة (1) من قانون تبني الأطفال لعام 2002، الأمور الآتية:

1. رغبات الأطفال وشعورهم ومعرفتهم وعمرهم.
2. احتياجات الأطفال الخاصة، وكل ما يؤثر في الطّفل بأنّ يكون عضواً في عائلته الأصلية.
3. سن الطّفل، وجنسه، وأي من الصّفات الّتي تراها المحكمة.
4. مراعاة أي ضرر أو خطر قد يلحق بالطّفل من جراء طلب تسجيله.
5. علاقة الطّفل بأقاربه أو بأي شخص آخر ترى المحكمة أنه مناسب.⁽²⁾

كما حدد قانون القواعد الإجرائية للأسرة لعام 2010، القواعد الإجرائية الّتي يجب أن يقوم بها الوالدان أو الممثلون القانونيون عند تقديم طلب نقل نسب الطّفل من الآباء القانونيين إلى الآباء الّذين طلبوا استتجار الرّحم.⁽¹⁾

⁽¹⁾ وتحل المادتين (54) و(55) من قانون 2008، محل المادة (33) من قانون 1990، والمادة (1) من قانون تبني الأطفال لعام 2002 (ACA). وكما هو مفصل بالمادة (54) من قانون عام 2008 إن مقامي طلب "parental order"، هم الأزواج أو الخليّان أو مثليو الجنس. والمدعى عليهم هم الأم البديلة وزوجها، أي الأبوان الثانويان الّذين تمّ التعاقد معهم، وأيضاً أي شخص قد يصبح له مسؤوليّة أبوية عن الطّفل عند تقديم الطلب، وفي عقود تأجير الأرحام الدوليّة يجب إخطار أي شخص يعيش خارج المملكة وله علاقة أبوية بالطّفل. انظر: الفقرة (4) و(3) من المادة (13) من قانون القواعد الإجرائية للأسرة..

⁽²⁾ See; (s.1) of the Adoption Child Act 2002.

وتحدد المحكمة عند تقديم الطلب موعداً لسماع مقدمي الطلب، وتعين مختصاً للاطلاع على طلب "parental order"، يبحث في المسائل المنصوص عليها في المادة (54) من القانون ذاته، ويقدم إلى المحكمة تقريراً يوضح فيه ما إذا كان هناك أي مشكلة أو سبب لرفض الطلب.⁽²⁾

الفقرة-2- المشكلات القانونية التي واجهت القضاء البريطاني:

واجه القضاء في بريطانيا العديد من المشكلات القانونية عند تنفيذ عقد تأجير الرّحم، على الرّغم من أنّ المشرع البريطاني نظم أحكام هذا العقد وآثاره، إلّا أنّ هذا العقد يثير العديد من القضايا، وعلى وجه الخصوص، عقود تأجير الأرحام الدّولية. ونذكر هذه القضايا وفق ما يأتي:

أولاً- المشكلات الناجمة عن عقود تأجير الأرحام الدّولية:

تعدّ مشكلة تحديد نسب الأطفال المولودين من جراء عقود تأجير الأرحام الدّولية،⁽³⁾ وما يترتب على النّسب من نتائج قانونية وهي: جنسية الطّفل،

⁽¹⁾ See; Article (s.1) of the Family Procedure Rules 2010.

⁽²⁾ حيث تعين المحاكم خبير اجتماعي "Social Worker" في إنكلترا وويلز وأيرلندا الشمالية، وأعيدت تسميته لاحقاً في إنكلترا وويلز "Parental Order Reporter"، وفي اسكتلندا "Curator ad litem" لوصف الدور الذي يقوم به الاختصاصيون الاجتماعيون أو المحامون بإجراء تحقيقات مع الأطراف، وتقديم تقرير للمحكمة حول الطلب الذي يقدم إلى الجهات القضائية المختصة لنقل النسب.

⁽³⁾ والتي تناولها مؤتمر لاهاي الدولي الخاص، فقد ناقش المجلس المنعقد في عام 2010 المشكلات الناجمة عن عقود تأجير الأرحام الدّولية، وضرورة حماية الأطفال الناتجين عن ازدياد عقود تأجير الأرحام الدّولية. ومن الصعب التحقق من الأرقام، ولكن على سبيل المثال تقدر السياحة الإنجابية بـ 400 مليون دولاراً سنوياً في الهند...وقد ناقشت اللجنة الخاصة في مؤتمر لاهاي، في حزيران عام

وحالات الهجرة، والمسؤولية الأبوية على الطفل، وواجب الحضانة، من أهم المشكلات التي أثارها هذه العقود.

ويلاحظ النمو المتزايد لعقود تأجير الأرحام الدولية أو "السياحة الإنجابية"، حيث إن عدد الأطفال الذين يولدون خارج المملكة ما بين كانون الثاني وتشرين الأول في عام 2011: 26% تقريباً. وعلى النقيض المعدل أقل في السنوات السابقة 13% في عام 2010 و 4% في عام 2009 و 2% في عام 2008 و 0% في عام 1995 وذلك وفقاً لإحصائيات مكتب السجل العام في انكلترا وويلز. فقد أدت هذه العولمة المتزايدة لتأجير الأرحام إلى مشكلات داخلية فيما يتعلق بالأطفال الذين ولدوا خارج المملكة المتحدة و إحضار الطفل إلى المملكة.⁽¹⁾

مما أدى إلى العديد من القضايا المثيرة للجدل عند تنفيذ عقود تأجير الرّحم، وعلى نحو خاص ما يتعلق بنسب الطفل وحظر عقود تأجير الأرحام التجارية.⁽²⁾

2010، مدى تطبيق اتفاقية التبني لعام 1993 على عقود تأجير الأرحام الدولية، وكانت قرارات اللجنة كالاتي: 1. إن اتفاقية التبني لعام 1993 غير ملائمة للتطبيق على عقود تأجير الأرحام الدولية، حيث لاحظت التزايد المتسارع لعقود تأجير الأرحام الدولية، وعبرت عن قلقها تجاه الأطفال المولدين من جراء هذه العقود. 2. أن تجري دراسة قانونية للقضايا الناجمة عن عقود تأجير الأرحام الدولية.. Hague Conference on Privet International Law, Id,2011,Id,p;7

⁽¹⁾ See; Bianca Jackson, part 2, p.2,3.

⁽²⁾ See; Bianca Jackson, surrogacy; A Guide to the current law(part 2)- Issues Arising –Journal of Social Welfare and Family law 273,2012.p;1.2.

فقد يصبح الطّفل من دون جنسية ومن دون تحديد نسب قانوني، كنتيجة لهذه العقود الدّولية، وذلك بسبب اختلاف الأنظمة القانونيّة لعقود تأجير الأرحام.⁽¹⁾ ففي عالم اليوم، يمكننا البحث في الشّابكة عن عقود تأجير الأرحام الدّولية بنقرة واحدة لتظهر لنا الكثير من المواقع الواعدة بحل مشكلات العقم عن طريق تقنيات التّلقيح الصّناعي، وتأجير الأرحام، والحصول على السّعر.

إلا أنّ بعض الدّول، على سبيل المثال، مثل جنوب إفريقيا، وأوكرانيا، وبعض الولايات المتحدة لا تمنح الطّفل المولود من جراء عقد تأجير الرّحم جنسية الأمّ البديلة لأنّها لا تعترف بها أمّا قانونية للطفل، ومن ثمّ لن تمنح الجنسية للأطفال عندما يحمل أحد والديهم أو كلاهما جنسية الدّولة، إنما تعترف بالآباء المفوضين كأباء قانونيين، وبالمقابل لن يعترف القانون البريطاني

⁽¹⁾ وقد ظلت، إلى وقت قريب، أعداد الطلبات التي تمنح في المملكة المتحدة ما بين 33 و 50 في كل عام، غير أن عدداً من التطورات أدت إلى زيادة هذه الأرقام، وخاصة بعد صدور قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 1990، وتوسيع الحق في تقديم طلب نقل النسب في قانون التخصيب والأجنة لعام 2008 إلى مثليي الجنس، إضافة إلى افتتاح المركز البريطاني لتأجير الأرحام بشكل خاص لمثليي الجنس، وقد أكدت وسائل الإعلام والدراسات الأكاديمية ازدياد عقود تأجير الأرحام وبشكل خاص خارج المملكة (عقود تأجير الأرحام الدولية)، وقد ساهم في ذلك لجوء مشاهير العالم إلى تأجير الرّحم مثل نيكول كيدمان و جون إلتوث وغيرهم. على الرغم من أن الجمعية الأوروبية للإنجاب البشري وعلم الأجنة قد أصدرت توصيات فيما يتعلق بتأجير الأرحام والخدمات الإنجابية عبر الحدود، تحدد المتطلبات القانونية والتوجيهات للمملكة المتحدة، دون أن تتضمن توصيات بشأن جميع البيانات بصورة منهجية، فما تزال جميع جوانب تأجير الأرحام قيد الدراسة على الصعيدين الدولي والمحلي. انظر:

Marilyn Crawshaw, Eric Blyth and Olga van Akker, The changing profile of surrogacy in the UK. Implications for national and international policy and practice, Journal Social Welfare & Family Law, 2012. p:2.

بالآباء المفوضين كأباء قانونيين للطفل، ولن يمنح الطفل الجنسية البريطانية كما لا يمكنه الحصول على تصريح دخول المملكة، مما يعرض الطفل لخطر البقاء من دون جنسية ومن دون نسب قانوني لوالديه.⁽¹⁾

وهذا ما أكدّه القاضي (Hedley J) في قضية الطفلين (X&Y) عام 2008،⁽²⁾ والتي تتلخص وقائعها بما يأتي:

ولد توأمان من خلال عقد تأجير الرّحم التجاري في أوكرانيا، وذلك من خلال استخدام الحيوانات المنوية للأب والبويضات من متبرعة مجهولة، وبينّ القاضي أنّ قوانين تأجير الأرحام، وقوانين الهجرة في كل من انكلترا وأوكرانيا، تثير مشكلات بالنسبة إلى الأطفال الذين يولدون في أوكرانيا من جراء عقود تأجير الأرحام، فقد يصبحون من دون جنسية ومن دون نسب قانوني. ولن يحصل الطفلان على جنسية الأمّ البديلة الأوكرانية، فهي ليست أمّاً قانونية لهم، إنما يعترف القانون في أوكرانيا بالآباء المفوضين كأباء قانونيين للطفلين، وبالمقابل لا يعترف المشرع البريطاني بقوانين تأجير الأرحام الأجنبية، ومن ثمّ لن يستطيع الأطفال الحصول على تصريح دخول المملكة المتحدة، أو الحصول على الجنسية، أو النسب القانوني لوالديهم. لذا قرر القاضي أنّ مصلحة الطفل ورعايته طوال حياته تقتضي الموافقة على طلب نقل النسب، وذلك أنّ الموافقة التي حصل عليها الآباء المفوضون من الأمّ البديلة كانت

(1) See; Bianca Jackson, (part 2) Id ,p;2.3

(2) See: Royal courts of justice, Re; X&Y(Foreign Surrogacy), 9/12/2008, EWHE 3030 (fam).

بشكل قانوني في أوكرانيا، وأنّ المبالغ المدفوعة للأمّ البديلة معقولة "ليست تجارية"، فغلب مصلحة الطفل على النظام العام في بريطانيا.⁽¹⁾

فلم تردع المادة (2) الفقرة (1) من قانون 1985، والتي تحظر على الأزواج والأمهات البديلات من الدّخول بعقود تأجير الأرحام التجاريّة؛ لأنّه أصبح من السّهل العثور على أمهات بديلات في الدّول التي تسمح قوانينها بذلك. حيث إنّ الآباء المفوضين يقدمون للمحكمة طلباً (parental order) على الرّغم من دخولهم في عقود تأجير الأرحام التجاريّة، والتي تعدّ محظورة في المملكة المتحدة، وذلك لأنّ المحاكم تسمح بدفع مبالغ لخدمات الأمّ البديلة و للمنظمات غير الرّبحية ولطرف ثالث مقابل الخدمات التي أداها، وعلى نحو خاص، عندما أصبحت مصلحة الطّفل هي الاعتبار الأوّل للمحكمة وفقاً لقانون الإخصاب والأجنة لعام 2010.

(1) وأكّد مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، على ضرورة أن يراعى النظام العام، في سياق عقود تأجير الأرحام، وتقنيات الإنجاب المساعد مصلحة الطفل الفضلى، استثناءً على النظام العام، وإمكانية تطبيقه على النحو الوارد في اتفاقية لاهاي المتعلقة بالأطفال. وقد توصل أعضاء المؤتمر إلى أهمية وجود صك ملزم متعدد الأطراف يتناول الاعتراف بالقرارات القضائية المتعلقة بالنسب القانوني، وثمة حاجة إلى مزيد من الدراسة بشأن كيفية وضع هذا الصك...فليس هناك قواعد موحدة في القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بإنشاء النسب القانوني، والنزاع عليها يمكن أن يؤدي إلى تضارب الأوضاع القانونية بين الدول وخاصة في عقود تأجير الأرحام الدولية، التي يمكن أن تخلق مشكلات كبيرة للأطفال والأسر، مثل الهوية والميراث والحضانة والأبوة والأمومة غير المؤكدة، ومشكلات الهجرة، والجنسية غير المؤكدة أو انعدام الجنسية.. انظر:

Hague Conference on private international law, Report of the experts group on the parentage/ surrogacy project (meeting of 31 January –3 February 2017), p;5. also Report of the February 2016 meeting of the experts group on the parentage/ surrogacy,p;2.

فقد وافقت محكمة العدل العليا في لندن بتاريخ 2011/12/6؛⁽¹⁾ على طلب قدمه الأزواج الذين حصلوا على توأمين من خلال عقد تأجير الأرحام التجاري في الهند وتتلخص وقائع هذه القضية بما يأتي:

قام زوجان بريطانيان عن طريق الاتصال بإحدى شركات تأجير الأرحام في الهند باستئجار رحم امرأتين من الأمهات البديلات، وحصلوا على طفلين (باستخدام الحيوانات المنوية من الأب والبويضات من متبرعة مجهولة) وبعد الولادة قامت كل من الأمهات البديلات بالتوقيع على الموافقة بالتخلي عن حقوقهن على الأطفال وعلى إيصال الدفع والموافقة على سفر الأطفال خارج الهند. بعد ذلك قدم الأزواج طلباً للمحكمة ليصبحوا آباء قانونيين للأطفال في المملكة المتحدة. حيث رأت محكمة العدل أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الإخصاب والأجنة لعام 2008 و 2010، مشيرةً إلى أن مصلحة الطفل ورعايته هي الاعتبار الأول للمحكمة. وفي مثل هذه القضايا يجب التحقق فيما إذا كانت المبالغ التي دفعها الأزواج في حدود ما تطلبه المادة (54) من قانون عام 2008، أي يجب أن تتأكد المحكمة أن المبالغ المدفوعة للأُم البديلة "نفقات معقولة"، فيمكن للمحكمة أن تسمح لأطراف الاتفاق على دفع مقابل كنفقات الحمل والولادة ويجب أن تكون "نفقات معقولة"،⁽²⁾ وقد وافقت المحكمة

(1) See :Royal Courts of Justice, family Division, Re X and Y (children) (parental order; respective Authorization of payment) 2011 EWHC 3147, family law week (FAM).

(2) See; (s.54/8) of Act 2008;" the court satisfied that no money other benefit(other than for expense reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants for in consideration of: (a) the making

على طلب الأزواج رغم أنّ المبالغ المدفوعة للأُمّ البديلة تتجاوز النّفقات المعقولة، وتم عن طريق التّواصل مع شركة تجارية لتأجير الأرحام في الهند حيث يسمح فيها بذلك وعلى نحو قانوني.

كما قرر القاضي (Hedley J) في 2011/3/11 وذلك اعتماداً على سابقة قضائية؛ الموافقة على الطّلب الذي قدمه الآباء المعنيون ليصبحوا آباء قانونيين للطفل الذي ولد في أوكرانيا على نحو قانوني من خلال عقود تأجير الأرحام التّجارية، ودفعوا للأُمّ البديلة مبالغ تتجاوز النّفقات المعقولة، وهذا ما يخالف القانون المحلي في المملكة المتحدة وعلى نحو خاص انكلترا وويلز.⁽¹⁾

ثانياً_ المشكلات الناجمة عن الشّروط التي حددتها المادة(54) من قانون التّخصيب البشري وعلم الأجنة لعام 2008:

1_ حدد القانون وقتاً معيناً لتقديم طلب نقل نسب الطّفل من الآباء القانونيين للطفل إلى الآباء المفوضين، وإن كان ليس حلاً مناسباً بتقديم طلب نسب الطّفل خلال ستة أشهر من ولادة الطّفل، كما يرى جانب من الفقه في بريطانيا، وعلى نحو خاص عندما يفضل الآباء العيش مع أطفالهم من دون نسب قانوني، وذلك لعدم قدرتهم على تحقيق شروط المادة السابقة،⁽²⁾ فقد توافق

of the order, (b) any agreement required by subsection(6), (c) the handing over of the child to the applicants, or (d) the making of arrangements with a view to the making of the order, unless authorized by the court."

⁽¹⁾See; Re IJ (child)(Foreign Surrogacy Agreement; parental order) 2011EWHC, 921 (FAM).

⁽²⁾ Bianca Jackson, Surrogacy; A guide to current law (part2), id.

المحاكم على الطلب المقدم إليها خارج المدة المحددة قانوناً تحقيقاً لمصلحة
الطفل الفضلى.⁽¹⁾

فقد تساهلت المحكمة البريطانية العليا في قضية النسب القانوني متأثرة
بقرارات المحكمة الأوروبية في قضية لابس ومينسيون.⁽²⁾

2_ يجب أن يقيم أحد الوالدين على الأقل مع الطفل في المملكة المتحدة،
بموجب الفقرة (4) من المادة (54)، ولكن المحاكم تجاوزت هذا النص في كل
حالة على حدة، فمثلاً تعترف بالإقامة البريطانية بأثر رجعي بالاستناد على
المادة (84) من قانون التبنّي لعام 2002 كي تمنح المسؤولية الأبوية لأزواج لا
يحققون شرط الإقامة في المملكة.⁽³⁾

3_ كما اشترط القانون ذاته لتقديم الطلب وجود موافقة خطية ومجانية وغير
مشروطة من قبل الآباء الثانويين (الأمّ البديلة وزوجها) وذلك خلال ستة أسابيع
من ولادة الطفل،⁽⁴⁾ وقد لا تكون الأمّ البديلة قادرة على إعطاء موافقتها خلال
الستة أسابيع الأولى من الولادة. فيمكن أن يؤدي هذا النص إلى بعض
المشكلات، خاصة في عقود تأجير الأرحام الدولية، عندما يكون الآباء
الثانويون غير موجودين، مما يجعل المحاكم على استعداد للاستغناء عن

(1) Re G (Surrogacy; Foreign Domicile) 2007 EWHC 2814 (FAM).

(2) Re X (A Child) (Surrogacy: Time limit)[2014] EWHC 3135 (Fam), [2014]
All ER (D) 48 (Oct) .

(3) Re G(surrogacy; Foreign Domicile) 2007 EWHCE 2814(FAM). Also Z
and anther v C and anther, 2011 EWHCE 3181(FAM). Also Re A&B
(Parental Order Domicile) 2013 EWHCE 426(FAM). Bianca Jackson, id, p.6.

(4) See ; paragraph (3. 7) of Article 54 of the 2008 Act.

موافقة الأم البديلة، إذا كانت مصلحة الطفل الفضلى تقتضي ذلك. إذا تم اتخاذ كل الإجراءات للحصول على موافقة الأم البديلة وزوجها ولكن باءت بالفشل، ويجب أن يودع لدى المحكمة بياناً تفصيلياً للوقائع التي تحدد الجهود المبذولة للحصول على موافقة الآباء الثانويين.⁽¹⁾

وهذا ما حدث في قضية زوجين "مثليي الجنس" عام 2012،⁽²⁾ وتتخلص وقائع هذه القضية بما يأتي:

فقد أبرم زوجان مثليان عقد تأجير الرحم في الهند عن طريق عيادة لتأجير الأرحام لا يسمح نظامها بمقابلة الأم البديلة، فكان أحدهم والدًا بيولوجيًا للطفل، ومن ثم اختارا أمًا بديلة من بين خمس مرشحات من الكالتوج التي عرضته عليهم العيادة، ومتبرعة مجهولة للبويضات، واتفقا على مبلغ إجمالي 22 ألف دولاراً، ومبلغاً إضافياً 5 آلاف دولاراً في حال أنجبت توأماً. وفعلاً ولدت الأم البديلة توأمين، وسلمتهما إلى الزوجين مثليي الجنس، اللذين قررا أن يصبحا آباء قانونيين للطفلين في المملكة المتحدة، فقد حصلوا على مشورة قانونية من محامي متخصص في المملكة، حيث أخبرهم أنّ القانون في المملكة يقتضي تقديم طلب للمحكمة خلال ستة أشهر، والحصول على موافقة الأم البديلة خلال ستة أسابيع من الولادة، فأعلما عيادة تأجير الأرحام في الهند بهذه الإجراءات كي تساعدتهما في الحصول على الموافقة ووعدتهم بذلك. وقعت الأم البديلة

⁽¹⁾ See ; (s. 13.10) of Family Procedure Rule 2010, id.

⁽²⁾ See: Royal courts of justice, Family Division ,D and L (Surrogacy) 2012, EWHC 2631(FAM). also Re child C(A child 2013 EWHC 2413 (FAM).

على إيصالات الدفع فقد حصلت على مبلغ 350 ألف روبية مقابل خدمات الحمل، وكل التكاليف والرّسوم بما فيها الغذاء والوصفات الطّبية الصّورية، وذلك حسب الاتفاق الذي تم إبرامه. ولكنها لم توقع على الموافقة المطلوبة وفقاً للقوانين في المملكة المتحدة، ولم توفّ العيادة بوعدها بتقديم المساعدة إلى الزوجين مثليي الجنس بالحصول على موافقة الأمّ البديلة. إذ لم يتمكن الزوجان من الحصول على موافقة الأمّ البديلة، ومع ذلك قررت المحكمة الموافقة على منح المتقدمين المسؤولية القانونيّة على الطّفلين فقد حققا شروط المادة (54) من قانون عام 2008، المشار إليها سابقاً، فقد شارك واحد منهما في تكوين الطّفل بيولوجياً، وقد أتما الثامنة عشرة من عمرهما، ويقيمان في المملكة المتحدة، كما قدما الطّلب خلال المدة المحددة قانوناً، فقد حاولا الحصول على موافقة الأمّ البديلة من دون جدوى.⁽¹⁾

كما تعددت الأنواع والطرق لتشكيل الأسر، و ذلك بعد إقرار قانون حقوق الإنسان عام 1998، وقانون الشّركاء المدنيّين من نفس الجنس " مثليي الجنس" في عام 2014.⁽²⁾

⁽¹⁾ See; Bianca Jackson, (part 2) Id ,p.6.

⁽²⁾ وقد أقر قانون الزواج من الجنس ذاته عام 2013 "Marriage Same Sex" في انكلترا وويلز، ومنح هؤلاء الزواج من عام 2014 القدرة على تحويل علاقتهم إلى زواج، بينما لا يمنح قانون الزواج من الجنس ذاته لعام 2014 في اسكتلندا لهم ذلك، ولكنه يتضمن أحكاماً تتعلق بتحويله إلى زواج في وقت لاحق ...

وعلى ذلك يمكن للأسر الأحادية الإنجاب بوساطة استئجار الرحم ،
فيمكن للأفراد الإنجاب سواء أكانت امرأة لوحدها، أو رجل لوحده، كما يمكن
للشواذ أو مثليي الجنس الإنجاب.

1_ الأسر الأحادية: "Single commissioning parents":

وهي الأسر المكونة من أحد الأبوين (الأب أو الأم)، حيث تلجأ النساء أو
الرجال إلى استئجار الرحم للحصول على ولد، من دون الارتباط بزواج. فقد
تضاعف عدد الأسر الأحادية ثلاث مرات خلال الأربعين السنة الماضية؛ فلم
تتجاوز نسبة الأسر الأحادية 8 % في عام 1971، بينما بلغ هذا الرقم 22%
بحلول عام 2011، وذلك وفقا للتقرير العام الذي أجراه مكتب الإحصاءات
الوطنية لعام 2011.⁽¹⁾

ولكن على الرغم من السماح للأسر الأحادية بتبني الأطفال، والسماح
للنساء العازبات أن يخضعن إلى عمليات التلقيح الصناعي إلا أن خياراتهم فيما
يتعلق بتأجير الأرحام أصبحت محدودة بموجب قانون التخصيب وعلم الأجنة؛
فلا يوجد في القوانين التي تنظم تأجير الأرحام في المملكة حظر مباشر يمنع
الأفراد المنفردين من الحصول على طفل عن طريق استئجار رحم بغض النظر
عن جنس الفرد أو سنه أو ميله الجنسي.

إلا أن المادة (54) من قانون التخصيب وعلم الأجنة لعام 2008 ؛
نصت على أن الطلب الذي يقدم إلى المحكمة لنقل النسب من الآباء القانونيين

⁽¹⁾See; Bianca Jackson, (part 2), Id, p. 7.

للطفل إلى الآباء المفوضين يشترط أن يكونا متزوجين أو مثليي جنس أو خليلين. ومن ثمّ لا يمكن للآباء المنفردين "Single parents" أن يصبحوا آباء قانونيين للطفل الذي ولد عن طريق استئجار رحم حتى لو كانوا آباء بيولوجيين للطفل.

2_ مثليو الجنس "Civil `partnerships":

وهي علاقة بين شخصين من نفس الجنس، وتسمح المملكة المتحدة بالزواج من نفس الجنس بموجب قانون الشّركاء المدنيّين لعام 2004، ويسمح هذا القانون للأزواج من نفس الجنس بالحصول على الحقوق والمسؤوليات التي يحصل عليها الأزواج من جنسين مختلفين.⁽¹⁾

وقد وسع قانون التّخصيب البشري والأجنة لعام 2008؛ اللجوء إلى عمليات الرّحم المستأجر إلى الشّركاء المدنيّين "مثليي الجنس" بينما كانت محصورة في القانون 1990 على الزّوجين. ويحقّ لهم تقديم طلب (parental order) إلى الجهات القضائية لنقل نسب الطّفل المولود. وذلك بموجب المادة (54) من ذات القانون فيمكن لمثليي الجنس أن يصبحوا آباء قانونيين للطفل وذلك بتقديم طلب للمحكمة بشرط أن يكون أحدهم قد شارك في تكوين الطّفل بيولوجياً.

وهذا ما يؤكّد رأي (Bianca Jackson): أنّ قوانين تأجير الأرحام في المملكة وضعت بطريقة عشوائية، رغم أنّ العديد من اللجان الحكومية قد

⁽¹⁾ Civil Partnerships Act 2004, at this link; <http://www.legislation.gov.uk>

نظرت بقانون تأجير الأرحام على مدى السنوات الماضية. وأصبح هذا القانون تدريجياً غير نافذ وملء بالتناقضات؛ فعلى سبيل المثال يحظر هذا القانون تأجير الأرحام التجاري، ولكن المحاكم تسمح بدفع مبالغ لخدمات الأم البديلة وللمنظمات غير الربحية ولطرف ثالث مقابل الخدمات التي أداها.⁽¹⁾

فقد شهدت عقود تأجير الأرحام تغييراً اجتماعياً كبيراً؛ حيث أصبح من السهل السفر خارج المملكة والدخول في هذه العقود. وذلك بسبب ازدهار تأجير الأرحام في مختلف البلدان، وخاصة على سبيل المثال بعض الولايات المتحدة الأمريكية، والهند، ونيبال، وتايلاند.⁽²⁾ لذا فإن العديد من الدول تعمل على إغلاق أسواق تأجير الأرحام، حيث حظرت بعض الدول عقود تأجير الأرحام الدولية بالنسبة إلى الأزواج الأجانب مثل المكسيك، ونيبال، وتايلاند،

⁽¹⁾ See; Bianca Jackson, Surrogacy; A Guide to the current law, (part1) 34.3 Journal of Social and Family law 268, September 2012 , p;1.

⁽²⁾ وقد جاء في تقرير معهد أيونا (the Iona Institute) أن: كرامة الإنسان هي صميم حماية حقوق الإنسان، وهي أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وجميع المعاهدات المعمول بها في أنحاء أوروبا. فهناك سياسية عامة لحماية كرامة الإنسان؛ يحظر الاتجار بالإنسان وبشكل خاص النساء والأطفال، والتأكيد على مصلحة الطفل الفضلى، وحظر اختيار الجنس، وحظر الاستنساخ البشري، وكل ما يتنافى مع كرامة الإنسان. لذا فإن أسواق تأجير الأرحام تتنافى جوهرياً مع كرامة الطفل، ومعاهدة حقوق الطفل. لذا فيجب على المجلس الأوروبي تماشياً مع هذه السياسية أن يتبنى سياسة حظر تأجير الأرحام لأن هذه العلاقة التعاقدية قد تؤدي إلى استغلال المرأة والطفل، وهذا يتنافى مع كرامة الإنسان. معهد أيونا (the Iona Institute): مقره أيرلندا، أسسه الكاتب (David Quinn) عام 2007، ومنذ تأسيسه أطلق مجموعة من التقارير لدعم أهدافه؛ حيث يعزز القيم المسيحية الكاثوليكية المحافظة ويعارض الإجهاض، والقتل الرحيم، والزواج من نفس الجنس، وتأجير الأرحام.. الخ

See ;The ethical case against surrogate mother hood..., by the Iona Institute, id, p.14.

والهند، فقد كانت الهند مركزاً بارزاً للحركة الدولية لسوق تأجير الأرحام، ولم يكن لديها تشريعات صريحة تسمح بتأجير الأرحام، وبسبب الاستغلال الكبير للنساء الهنديات قامت الهند مؤخراً بحظر عقود تأجير الأرحام الدولية.⁽¹⁾

ويرى جانب من الفقه في بريطانيا أنّ قوانين تأجير الأرحام في المملكة المتحدة لا تعكس واقع تأجير الأرحام الحديث، وتحتاج إلى مراجعة شاملة من قبل واضعي القانون بما يتماشى مع آراء واحتياجات الأسر ومصلحة الطفل المولود بوساطة استئجار الأرحام.⁽²⁾

⁽¹⁾ فقد تم اقتراح مشروع قانون من شأنه أن يحد من الوصول إلى تأجير الأرحام في الهند، ويجعل تأجير الأرحام جائزاً للمواطنين الهنديين وأي أجنبي متزوج مواطن هندي. ومع ذلك وجهت الانتقادات الشديدة إلى الحكومة الهندية وموقفها السلبي تجاه ما يحدث من استغلال كبير للنساء الهنديات الفقيرات اللاتي يلجئن إلى مثل هذه المهنة " الأم البديلة" تحت وطأة الفقر والحاجة، فعبرت الحكومة الهندية عن رغبتها في إيقاف استغلال النساء، فقد كشفت نيودلهي مؤخراً عن مشروع قانون يحظر تأجير الأرحام التجاري، بعد أن أوقفت في السابق تدفقاً مستمراً للأجانب القادمين إلى الهند بحثاً عن أطفال. كما أغلقت تايلاند أبوابها بوجه الأجانب وذلك بعد سلسلة من الفضائح ، حيث علقت المحكمة العليا في نيبال تأجير الأرحام التجاري في 2015. راجع الرابط الآتي: <http://www.alegt.com/2016/09/18artical-1086453.htm> الساعة 1 ظهر 2016/11/10.

⁽²⁾ See; Natalia Smith, the Surrogacy UK..., Id, p;11.

المطلب الثاني

آثار عقد تأجير الرحم في قانون الولايات المتحدة الأمريكية

تقوم قواعد النسب في القانون الأمريكي على أساس الحقيقة البيولوجية، إذ يعدّ الآباء البيولوجيون هم الآباء القانونيون للطفل، ولكن مع ظهور عقد تأجير الرحم تغيرت هذه الفكرة التقليدية لتحديد الوالدين القانونيين. فقد تخلت بعض الولايات الأمريكية عن الحقيقة البيولوجية لتحديد الوالدين القانونيين، لتعترف بالوالدين القانونيين للطفل بناء على نية أطراف عقد تأجير الرحم. فقد يتخلى الوالدان البيولوجيان عن أي نوع من حقوق الوالدين على الطفل المولود من جراء عقد تأجير الرحم. لذا بدأت بعض الولايات في أمريكا بتغيير التعريف القانوني للوالد (parent)، من خلال توسيع تحديد الوالد القانوني على أساس النية (intent) في عقد تأجير الرحم، وذلك حماية للأطفال الذين يولدون، من جراء عقود تأجير الأرحام الدولية، من خطر البقاء من دون جنسية، ومن دون نسب قانوني. (1)

الفقرة 1_ تحديد النسب على أساس الحقيقة البيولوجية (Biological Parentage):

تعترف القوانين في أمريكا بالطفل الذي يولد في الخارج، كمواطن أمريكي، من جراء عقود تأجير الأرحام الدولية، على أساس الحقيقة البيولوجية، أي إذا

(1) See; Brittany M. Nichol, A child without A country. Id, P.910.911.

كان الأب الأمريكي هو الأب البيولوجي للطفل (صاحب الحيوان المنوي)، و كانت الأم الأمريكية هي الأم البيولوجية للطفل (صاحبة البويضة).

وتعدّ المرأة التي ولدت الطفل، على نحو عام، هي الأم القانونية للطفل. فإذا ولد الطفل في أثناء علاقة زوجية، فمن المفترض أنّ هذا الطفل هو ثمرة لهذا الزواج، وابنٌ لكل من الزوجة والزّوج، وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس في حال أثبت الزّوج ابتعاده عن الزّوجة لمدة من الزمن تجعل من المستحيل التّلاقي بينهما. وتساعد تقنيات التّكنولوجيا الحديثة مثل تقنية التّعرف بواسطة الحمض النّووي (DNA)، وتقنية فحص الدم في إثبات عكس هذا الافتراض.⁽¹⁾ إذ يعدّ القانون الأمريكي من القوانين التي أجازت اللجوء إلى البصمة الوراثية على نحو خاص، والدّليل العلمي على نحو عام، من دون قيد أو شرط.

أما إذا وُلد الطفل خارج إطار الزّواج، فيعدّ الطفل قانوناً ابناً للأم، فقد كانت الحقوق القانونية للأب، على الطفل المولود خارج إطار الزّواج، محدودة. وذلك حتى صدور قرار المحكمة العليا في قضية (Stanley v. Illions) في عام 1972، إذ اعترفت أن بعض الآباء غير المتزوجين، لديهم مصالح محمية دستورياً في علاقتهم مع أطفالهم، فخلق هذا القرار نظاماً عملياً يتناسب مع اختلاف أنواع الأسر عن الشّكل التقليدي للأسرة. فهناك أنواع عديدة من الأسر لا تتوافق مع الأمّ التقليدية "الأنثى" المتزوجة من الأب "الذكر".⁽²⁾

(1) See; Brittany M. Nichol, Id, p.918.

(2) See; Id, p. 918.

كما بدأت المحاكم تدرك، مع التّوَعُّع الحالي لأنواع الأسر، بأنّها مقيدة من خلال اعتماد الحقيقة البيولوجيّة لتحديد الوالدين القانونيين للطفل، وعلى نحو خاص، في عقود تأجير الأرحام، إذ أنّ الطّرف البيولوجي الذي يساهم فعلياً في التّركيب الوراثي للطفل قد يكون متبرعاً تنازل عن حقوقه القانونيّة على الطّفل، إضافةً إلى ذلك غالباً ما تتخلى الأمّ البديلة عن أي نوع من حقوق الوالدين القانونيّة. وذلك كما حدث في قضية (Balaz v. Anand)، وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يأتي :

قرر زوجان أمريكيان السّفر إلى الهند لإنجاب الأطفال عن طريق استئجار رحم امرأة هندية، بعد محاولات عديدة للإنجاب باءت بالفشل، وذلك لأنّ تكاليف هذه العملية باهظة جداً في أمريكا مقارنة مع الهند، لذا تعاقد الزوجان مع الأمّ البديلة، وحصلوا على الأمشاج من متبرعين، وبعد ولادة الطّفل تفاضت الأمّ البديلة، الهندية، الأجرة المتفق عليها لقاء حملها. ومن ثمّ فإنّ المولود ليس مواطناً هندياً، فلا تعدّ الأمّ البديلة أمّاً قانونية للطفل، وفقاً للقوانين في الهند، ومن ناحية أخرى لن يتم الاعتراف بالطّفل في أمريكا بسبب عدم وجود أي صلة بيولوجيّة بينه وبين الآباء المفوضين.⁽¹⁾

إذ إنّ الطّفل في هذه القضية ليس مواطناً هندياً ولا مواطناً أمريكياً. ولأنّ المانحين كانوا مجهولي الهوية تماماً، فلا يمكن للطفل اكتساب جنسية الآباء

⁽¹⁾ See; Jan Balaz v. Anand Municipality ,2010 ATR 21(Guj.), L.J. 2249, 2275(2010). and J. HerbieDifonzo & C. Stren, the children of Baby M, 39 CAP. U.L.REV.345.350(2011).

المانحين للأمشاج، والسؤال هنا ما هي الجنسية التي يتمتع بها هذا الطفل؟ إذ لم يتم التعرف على الطفل في أي بلد! فما هو مصير هذا الطفل؟!⁽¹⁾

فقد دفعت هذه التساؤلات، المحاكم، في الولايات المتحدة الأمريكية إلى الاتجاه نحو تحديد الوالدين القانونيين للطفل على أساس الاعتماد على نية أطراف العقد. وفق ما سأبينه في الفقرة الآتية.

الفقرة-2- تحديد النسب على أساس النية (intentional parentage):

تغير مفهوم النسب في أمريكا مع ازدياد عقود تأجير الأرحام،⁽²⁾ وبدأت المحاكم تتجه نحو النية لتحديد النسب القانوني، وهذا ما قرره محكمة كاليفورنيا العليا في قضية (Johnson v. Calvert) وجاء في قرارها؛ إنَّ الأمَّ المفوضة يمكن أن تكون أمًّا قانونية للطفل حتى من دون أن تشارك في تكوينه بيولوجياً، وذلك إذا كان زوجها أباً بيولوجياً للطفل.⁽³⁾ وتتلخص وقائع القضية بما يأتي:

فشلت "Crispina Calvert" وزوجها "Mark" في معالجة حالة العقم عند الزوجة، قامت كريسبينا بإبرام اتفاق مع زميلتها "Anna Johnson" لتحمل بدلاً عنها مقابل مبلغ 10 آلاف دولاراً، ولكن بعد الولادة قررت آنا جونسون الاحتفاظ بالمولود. وقد استندت الأمُّ البديلة على واقعتي الحمل والولادة لإثبات

⁽¹⁾ See; Brittany M. Nichol, Id, p. 916.

⁽²⁾ Florida. Stat. Ann, §742.15(2016), Michigan. Comp. Ann. § 722.859 (2014), New York. Dom. Re law §122 (2016). See; id

⁽³⁾ Johnson v. Calvert, (cal 1993). See; Nicole Miller Healy, id, p;89.

أمومتها، حيث يقر قانون الأسرة في كاليفورنيا أن الأمومة تنشأ بإثبات ولادة الطفل، ومع ذلك فإن القانون يسمح أيضاً بتحديد الأمومة بشكل مشابه عن طريق استخدام الدليل الجيني،⁽¹⁾ إلا أن المحكمة غلبت الحقيقة البيولوجية على الوقائع المادية، وقضت أن الزوجين "الآباء البيولوجيين" هم الآباء القانونيين بموجب شروط التعاقد ولهما الحق في ضم الطفل إليهما مع منح المرأة الحامل مجرد حق زيارته. وقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم السابق الذي يغلب الحقيقة البيولوجية على الأمومة المستأجرة وانتساب الطفل للأولى من دون الثانية.⁽²⁾

فقد كانت المحكمة العليا في كاليفورنيا مقيدة باستخدام الحقيقة البيولوجية لتحديد الوالد الذي ساهم في تكوين الطفل بيولوجياً، وعندما أنجبت أنا جونسون الطفل، ذكرت المحكمة أن إثبات علاقة الدم من كرسيينا وإثبات الولادة الجسدية من أنا كطريقة مقبولة لإثبات الأمومة، ولهذا السبب تحولت المحكمة في حكمها النهائي بشأن الوالد القانوني أن كاليفيرت وزوجته هم الآباء القانونيون للطفل، وقد قضت المحكمة أن نية الأطراف عند إبرام عقد تأجير الرحم تحدد أن " الطرف الذي كان ينوي إحداث ولادة الطفل " هم الآباء القانونيون للطفل، وهكذا حددت المحكمة النسب القانوني ليس على أساس

(1) California. Civil. Code. s7003(1), Id, p.66.

(2) Johnson v. Calvert, Id.

الحقيقة البيولوجية فقط، وإنما كان لها دور في إثبات النسب، ولكن على أساس نية الأطراف التي دخلت في الاتفاق.⁽¹⁾

وفي قضية (Marriage of Buzzanca) ، أوضحت محكمة الاستئناف في كاليفورنيا أنّ النسب بالاعتماد على النية (intentional parentage) هو القرار القانوني في قضايا تأجير الأرحام، حتى عندما لا يساهم الوالدان المفوضان في تكوين الطفل بيولوجياً، وتتخلص وقائع هذه القضية بما يأتي:

تعاقد كل من (Luanne) و (John) مع الأم البديلة بعد أن حصلوا على الأمشاج من متبرعين، ولكن بعد ولادة الطفل (Jaycee) وقع الطلاق بين لوان وجون، لذا ادعى جون بأنّه ليس الأب القانوني للطفل وأن لوان، زوجته السابقة، ليست الأم القانونية للطفل، ولكن لوان طالبت بحقوقها على الطفل، فقد تخلّى كلّ من المتبرعين والأمّ البديلة عن أي نوع من الحقوق القانونية على الطفل، لذا قررت المحكمة أنّ لوان وجون هم الوالدان القانونيان للطفل لأنّهما كانا ينويان أن يكونا والدين للطفل، فهما من طلبا استئجار الرحم، فكانا سبب وجود الطفل، إضافة إلى ذلك قررت المحكمة بأنّها ستكون ضد المبادئ التي تسمح لأي شخص التسبب بفعل كولادة طفل، ومن ثم محاولة إنكار أي نوع من المسؤولية.⁽²⁾

كما أنّ محاكم نيويورك لم تمنع من الاعتراف بالأبوة القانونية للأباء المفوضين في قضية تأجير الرحم، على الرغم من أن عقد تأجير الرحم يعدّ

(1) See; Brittany M. Nichol, A child without A country, Id. P.920.

(2) See; In re Marriage of Buzzanca, 72, Cal. Rptr.2d. 280 ,282(1998).

باطلاً بموجب قوانين نيويورك، ففي نزاع قام أمام محكمة استئناف نيويورك في قضية (McDonald v. McDonald) عام 1994؛ حيث أنجبت الأمّ البديلة توأمين نتيجة تلقيح الحيوان المنوي للزوج مع بويضة من متبرعة مجهولة. فوجدت المحكمة أنّ المرأة زوجة الأب "مانح الحيوان المنوي" التي لا ترتبط بالطفل بأي جينات وراثية يمكن أن تكون أمّاً قانونية للطفل، وذلك لأنّ زوجها هو الأب البيولوجي للطفل.⁽¹⁾ فقد اعتمدت بشكل كبير على قضية (Johnson v. Calvert) الشهيرة حيث توصلت لنتيجة أنّ الأمّ المعنية (Intended Mother) يمكن أن تكون أمّاً قانونية للطفل (Legal Mother) حتى من دون أن تشارك في تكوينه جينياً.⁽²⁾

وفي قضية أخرى عام 2004 (Doe v. New York city) لم يكن مطلوباً من الأمّ المعنية لثلاثة توائم أن تقدم الحمض النووي (DNA) كدليل لإثبات حقها في الأمومة بعد اتفاقية الأمومة بالإنابة، "الأمّ البديلة التي حملت الطفل ليس لها علاقة وراثية في الطفل"، تخلت عن حقوقها بالأمومة.⁽³⁾

كما أكدت المحكمة العليا في نيويورك أن الأم البيولوجية لا يمكن أن تكون أمّاً قانونية للطفل المولود من تأجير الرحم من دون اتخاذ إجراءات رسمية للتبني، وذلك في قضية رفعت ضد وزارة الصحة حددت فيها الأمّ البديلة كأمّ قانونية للطفل في شهادة الميلاد، تتخلص وقائعها بما يأتي:

⁽¹⁾ McDonald, 608 N.Y.S. 2d 477 (N.Y. App. Div. 1994). See; Alex Finkelstein, surrogacy law and policy in the U.S., Id,p.9.

⁽²⁾ Johnson v. Calvert, id

⁽³⁾ Doe v. New York City Bd. Of Health (5 Misc 3d at 424) 2004. See; id

تبرعت الأمّ البديلة بالحمل نيابة عن الزّوجة الّتي خضعت لعملية استئصال الرحم، بعد أن اكتشفت أنّ رحمها كان محاطاً بورم خبيث جعلها غير قادرة على الحمل والولادة، حيث قدمت الزّوجة البيضة وتم تخصيبها بالحيوان المنوي لزوجها، وفي أثناء الحمل لم تطلب الأمّ البديلة أي رسوم أو مبالغ من الزّوجين، اللذين كانا صديقين مقربين لها، تعاطفاً معهما ورغبة منها في مساعدتهما أن يصبحا آباءً لأطفالهم البيولوجيين، ومن ثمّ تنازلت عن أي حقوق على الطّفل بعد ولادته، إلّا أنّ وزارة الصّحة حددت الأمّ الحامل "البديلة" كأمّ للطفل ولكنها لم تحدد هوية الأب في شهادة الميلاد. لذا تقدم الزّوجان أمام المحكمة العليا في نيويورك بطلب إصدار أمر قضائي أولي يلزم وزارة الصّحة بإصدار شهادة ميلاد تسمي الأمّ البديلة وزوجها كآباء قانونيين، ولكن المحكمة رفضت إصدار أمر قضائي يلزم وزارة الصّحة بذلك. وبعد جلسة الاستماع منحت المحكمة العليا أمراً، من دون اعتراض من وزارة الصّحة، بالاعتراف أنّ الأب البيولوجي هو أب للطفل، وأنّ تحدد اسمه في شهادة الميلاد. وفي أعقاب تلك الجلسة قدم المدعون شكوى معدلة للحصول على حكم يقرر أنّ "الأمّ البيولوجية" هي الأمّ القانونيّة للطفل، ويقرر عدم دستورية أحكام المادتين (517 و542) والمادة (8) من قانون العلاقات الأسريّة، وبناء على هذا الإعلان توجيه وزارة الصّحة لتعديل شهادة الميلاد التي تحدد الأمّ البيولوجية بوصفها أمّاً قانونية. إلّا أنّ وزارة الصّحة أكدت أنّ قانون الصّحة العامة رقم (4130) كان واضحاً أنّ: "المرأة الّتي تلد الطّفل بالفعل هي الأمّ" من دون أي إشارة إلى الحقيقة البيولوجيّة، ومن ثمّ فإنّ الاعتماد على تعريف الولادة على النّحو الوارد في قانون الصّحة، كان دائماً واضحاً ولا جدال فيه من هي "الأمّ"، ولا يوجد في

قانون الأسرة أي نص قانوني على أمر الأمومة، إضافة إلى أن الاتفاق الذي أبرمه المدعون يعد باطلاً وغير ملزم، وذلك بموجب المادة (122) من قانون العلاقات الأسرية إذ جاء فيها: إن عقود تأجير الأرحام تعدّ باطلة حتى عندما تكون من دون تعويض. وبناء على ذلك رفضت المحكمة الشكوى المعدلة من المدعين وأكدت أن الحل البديل هو التبني السريع من قبل الأم البيولوجية.⁽¹⁾

الفقرة 3_ قانون النسب الموحد (The Uniform Parentage Act):

وضعت لجنة القانون الموحد قانون النسب الموحد في هذا القانون،⁽²⁾ وأهم ما جاء في هذا القانون هو تحقيق المساواة بين الأطفال الذين ولدوا في أثناء علاقة زوجية، والأطفال الذين ولدوا خارج إطار الزواج، فتم توسيع تعريف الوالدين، كما بدأ هذا القانون بالابتعاد عن المعايير البيولوجية التقليدية عن طريق السماح بتحديد النسب بالاعتماد على علاقة الوالد بالطفل. وفي عام 1988 وافق المؤتمر الوطني للمفوضين على قانون النسب الموحد الجديد، والذي وضع لتحديد نسب الأطفال المولودين من خلال عمليات الإنجاب المساعد. ومن ثم أصدر المؤتمر الوطني قانوناً جديداً في عام 2000، لإنشاء

⁽¹⁾ T.V New York State Dept, of Health, NY Slip Op 06229 (88AD3d 290) August 9, 2011, also Matter of J.J, Family Court Queens County, April 3, 2014, J. Published by New Stats Law Reporting Bureau.

⁽²⁾ UNIF.Law.Comm'n, <http://uniformlaws.org>[<http://prema.cc/C85E=6JDH>] (last visited oct.7, 2016)

نظام موحد لتحديد الوالدين بما يتماشى مع التطورات الطبية والتكنولوجية الحديثة في الاختبارات الجينية والمساعدة على الإنجاب.⁽¹⁾

وتقضي المادة (8) من القانون المذكور فيما يتعلق بنسب الأطفال المولودين من جراء عقود تأجير الأرحام، أنّ الآباء الذين يدخلون في عقد تأجير الرحم كأباء مفوضين، هم الآباء القانونيون للطفل، ومن ثمّ يجب على كلّ من المانحين المتبرعين بالأمشاج والأمّ البديلة وزوجها (إن وجد)، التنازل عن جميع حقوق الوالدين.⁽²⁾

ويتطلب قانون النسب الموحد إجراءات معينة، في عقود تأجير الأرحام، أشبه بإجراءات التبني. والموافقة على كل اتفاق من قبل المحكمة، فيجب على الآباء المفوضين تقديم طلب إلى المحكمة توافق عليه، فإذا لم تتم الموافقة على هذا الاتفاق، فإنّه يصبح غير إلزامي ولكنه ليس باطلاً. لأنّ عقد تأجير الرحم لا يعدّ باطلاً، وفقاً للقانون الأمريكي، فيمكن أن يتحمل الطرف الذي دخل في عقد تأجير الرحم المسؤولية على الطفل.⁽³⁾

وقد اعتمد هذا القانون في بعض الولايات الأمريكية، مثل ولاية تكساس، ونييفادا، وفيرجينيا، فبدأت تعتمد على نية الأطراف في عقد تأجير الرحم. ولكن

⁽¹⁾ وقد تم تعديل هذا القانون والقانون الحالي لعام 2002 في توصيات المؤتمر المتعلق بالنسب.

انظر : Parentage Act Summary, UNIF. law COMM'N, at this Link; [http://uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Parentage%20Act\[http://prema.cc/x325-V8GM \]](http://uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Parentage%20Act[http://prema.cc/x325-V8GM]) (last visited oct.7,2016)

⁽²⁾ See; Id.

⁽³⁾ See; Brittany M. Nichol, A child without A country, Id, p .922.

بشرط تحقيق معايير معينة منها: أن تكون عقود تأجير الأرحام مكتوبة كي تكون صحيحة وصالحة للتنفيذ، إضافة إلى ذلك تشترط القوانين في ولاية تكساس وفيرجينيا موافقة المحكمة على جميع عقود تأجير الأرحام قبل أن تكون صالحة للتنفيذ قانوناً.⁽¹⁾

كما تسمح القوانين في ولاية تكساس ونيفادا للوالدين المفوضين أن يصبحا الوالدين القانونيين للطفل، ويسمح القانون في ولاية تكساس بالموافقة على الاتفاق بين الآباء المفوضين والأمّ البديلة على أن تتنازل عن كل حقوقها القانونية على الطفل، ليصبح الآباء المفوضون الآباء القانونيين للطفل.⁽²⁾

ويعرف القانون الآباء المفوضين (أو الآباء المعنيين) بأنهم: الآباء والأمهات الذين ينوون " أن يكونوا ملزمين قانوناً بوصفهم آباء للطفل الناتج عن الإنجاب المساعد."⁽³⁾ إضافة إلى ذلك يجب أن يتخلى المتبرعون بالأمشاج عن الحقوق القانونية على الطفل، في حين يوافق الآباء المفوضون على جميع حقوق الوالدين القانونية،⁽⁴⁾ وتسمح ولاية فرجينيا، أيضاً، بالنسب بالاعتماد على النية عند موافقة المحكمة على عقد تأجير الرحم. فإذا لم توافق المحكمة على العقد فسوف تعتمد المحكمة على الحقيقة البيولوجية لتحديد الوالدين القانونيين.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ See; Id, P.923.

⁽²⁾ See; Id. P.923, Texa. Family .Code .Ann.§§160.752(a)

⁽³⁾ See; Id. P.923, Nevada . Rev. STAT. §§ 126.720. Art;(1.A)

⁽⁴⁾ See; id, §§126,720 Art; (4) (a)(2)

⁽⁵⁾ See ;id ,p.923, Virginia. Code. Ann, § 20-158(D) (E).

كما تعترف القوانين في ولاية فلوريدا بالآباء المفوضين كأباء قانونيين للطفل، إذ يمكنهم نقل نسب الطفل إليهم بتقديم طلب إلى الجهات القضائية وذلك خلال ثلاثة أيام بعد ولادة الطفل، وفي عقد تأجير الرحم التقليدي، تقوم المحكمة بتعديل شهادة الولادة مع الاحتفاظ بحق الأم البديلة، والتي تربط بيولوجياً بالطفل في فسخ العقد والاحتفاظ بالطفل خلال ثمانية وأربعين ساعة بعد ولادة الطفل، لذلك يجب على الآباء المفوضين انتظار ما لا يقل عن ثمانية وأربعين ساعة قبل الحصول على حكم نسب الطفل.⁽¹⁾

ويلاحظ أن القانون في فلوريدا يسمح للأم البديلة أن تحتفظ بالطفل إذا ارتبط بها بيولوجياً،⁽²⁾ وذلك تأكيداً للحقيقة البيولوجية في إثبات النسب. إذ توافق الأم البديلة على حمل الطفل بتقويض من والديه، ومن ثم تتخلى عن حقوقها ومسؤوليتها على الطفل فور ولادته. إذ تعتمد القوانين في ولاية فلوريدا على الحقيقة البيولوجية وعلى النية لتحديد النسب.⁽³⁾

كما ذهبت المحكمة العليا، مؤخراً، في ولاية أيوا "Lowa" في أمريكا في عام 2018، إلى إلزام الأم البديلة وزوجها بالتخلي عن حقوقهما في الطفل إلى الآباء المفوضين، حيث تم الاتفاق بين الآباء المفوضين والأم البديلة على حمل الطفل وتسليمه فور ولادته مقابل مبلغ وقدره 13 ألف دولاراً، إضافة إلى دفع النفقات الطبية، ولكن الأم البديلة خرقت العقد ورفضت تسليم الطفل إلى الآباء

(1) Florida. Stat. § 63-212 (2009); Fal. Stat. & n°742. 11-16 (2009)

(2) Florida. Stat. §742.15(West 1993).Art;(3)(e). See ;id

(3) See; Brittany M. Nichol, A child without A country..., Id, p. 924.

المفوضين بسبب خلافهما فيما يتعلق بدفع النفقات الطبية، فقد أرادت الأم البديلة الحصول على تأمين طبي خاص بها وعلى ذلك زيادة المبلغ المدفوع لها إلى 30 ألف دولاراً.⁽¹⁾

الفقرة-4- قانون الهجرة والجنسية (The Immigration and Nationality Act):

يحدد قانون الهجرة والجنسية ما إذا كان الطّفل المولود في الخارج من مواطني الولايات المتحدة الأمريكية أم لا.⁽²⁾ إذ يعدّ الطّفل المولود من خلال عقد تأجير الرّحم من المواطنين الأمريكيين، فقط، إذا كان كلّ من الوالدين البيولوجيين مواطنين أمريكيين، أو كان أحد الوالدين مقيماً في الولايات المتحدة أو مواطناً أمريكياً. كما يعدّ الطّفل مواطناً أمريكياً إذا كان أحد الوالدين مواطناً أمريكياً عاش في الولايات المتحدة بشكل مستمر لمدة عام قبل ولادة الطّفل.⁽³⁾ ويثور السّؤال حول كيفية تحديد والد الطّفل؟

فإذا ولد الطّفل من خلال تقنيات الإنجاب المساعد (ART)، فعندئذٍ لكي يعدّ الطّفل مواطناً أمريكياً، يجب أن يكون الأب الأمريكي، هو الأب البيولوجي أو أن تكون الأم الأمريكية، هي الأمّ البيولوجية أو الأمّ القانونيّة للطفل. إذ يستند هذا القانون على أساس الحقيقة البيولوجيّة لتحديد الوالدين القانونيين، والحصول

⁽¹⁾ See; Supreme Court of Iowa, Field February 16, 2018, n° 17_0376, P.M v. T.B, cite as 907 N.W.2d (Iowa 2018).

⁽²⁾ See; Brittany M. Nichol, id, P.928.

⁽³⁾ See; id.

على الجنسية. وتعدّ البصمة الوراثية، خير دليل على العلاقة البيولوجية بين الوالدين والطفل.⁽¹⁾ ومع ذلك لن تقوم الدولة بإجراء أي اختبار للحمض النووي إلا بعد ولادة الطفل، إذ يحد نظام الحقيقة البيولوجية من الاعتراف بالوالدين القانونيين للطفل الذي يولد في الخارج. إضافة إلى ذلك يطبق قانون الهجرة والجنسية في عقود تأجير الأرحام الدولية، ومن ثم لا تأخذ بالقوانين المحلية، بعين الحسبان، في المكان الذي أبرم فيه عقد تأجير الرحم حتى لو اعترفت الدول الأجنبية بالطفل كمواطن.⁽²⁾ فهذا يترك الكثير من الثغرات في عقود تأجير الأرحام الدولية، إذ تعترف وزارة الخارجية الأمريكية بخلق فجوة تؤدي إلى حالات يولد فيها الطفل من دون جنسية. كما يعترف مؤتمر لاهاي، وهو منظمة دولية، بالحاجة إلى نظام موحد لعقود تأجير الأرحام الدولية.⁽³⁾

وقد وضعت اتفاقية لاهاي في عام 1993، فيما يتعلق بالأطفال الذين يعبرون الحدود، وقد أقرت هذه الاتفاقية بحماية الأطفال من الاختطاف والاتجار بهم. كما تناولت التبني على المستوى الدولي من خلال التأكيد على حماية ومصلحة الأطفال بالتبني.⁽⁴⁾ وقد وقعت العديد من الدول على هذه الاتفاقية في إطار جهد دولي لتطبيق ضمانات خاصة بالأطفال، فهناك حالياً

⁽¹⁾ See; id.

⁽²⁾ See; id.

⁽³⁾ See; Id.

⁽⁴⁾ See; Convention on Protection of children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. May 29, 1993, 32 J.L.M. 1134. <http://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>. (last visited 24.March.2017.)

ثمانون دولة أعضاء في مؤتمر لاهاي، ومنها الولايات المتحدة، ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في أبريل عام 2008.

وعلى الرغم من أنّ اتفاقية لاهاي لا تزال سائدة دولياً، إلا أنّ الاتفاقية الحالية تركز على التّنبّي، ولا تنطبق بشكل دقيق على قضايا الإنجاب المساعد، إذ يعترف مؤتمر لاهاي بازدياد عقود تأجير الأرحام الدولية وقضايا الاعتراف بالأطفال المولدين من جراء هذه العقود، وقد أنشئ المكتب الدائم، لمؤتمر لاهاي الخاص بالقانون الدولي، لجنة لدراسة القضايا الدولية بشأن تأجير الأرحام. إضافة إلى ذلك تم إنشاء فريق خبراء في عام 2015 "لاستكشاف إمكانية تطوير العمل في هذا المجال". اتضح لهم أنّ من أهم القضايا التي تثيرها عقود تأجير الأرحام الدولية هو تحديد النسب، فقد لا تعترف إحدى الدول بالطفل أو قد لا تقبل دول أخرى بتحديد النسب.⁽¹⁾

وبغض النظر عن القضايا الاجتماعية والأخلاقية والثقافية والسياسية التي تحيط بتأجير الأرحام، تشير الأعداد بوضوح إلى ازدياد عقود تأجير الأرحام في أمريكا، ففي غضون ثلاثين عاماً مضت، ارتفع عدد الأفراد والأزواج الذي يسعون إلى إنجاب الأطفال من خلال هذه العقود، لذا سوف يزداد عدد الأطفال الذين يعبرون الحدود. الأمر الذي أدى إلى ولادة أطفال من دون جنسية ومن دون نسب. ولن تأخذ وزارة الخارجية، بعين الحسبان، القانون المحلي، حتى لو اعترف القانون المحلي في بلد أجنبي بالآباء المفوضين كآباء قانونيين للطفل.⁽²⁾

⁽¹⁾See; Brittany M. Nichol. Id. p.931.

⁽²⁾ See; Id, p.932.

إذ يلجأ الأزواج الذين يعانون من العقم في أمريكا إلى عقود تأجير الأرحام لإنجاب الأطفال، ولأسباب مالية، يقرر بعضهم البحث عن أمهات بديلات في بلد آخر، والحصول على الأمشاج من متبرعين، فيتم الحمل بالطفل من قبل الأم البديلة، وعندما يقرر الأزواج العودة بالطفل إلى الولايات المتحدة الأمريكية، فمن ناحية لن يتم الاعتراف بالآباء المفوضين كآباء قانونيين للطفل لعدم وجود أي صلة بيولوجية بالطفل، وليس للطفل أي صلة بالآباء المانحين للأمشاج، الذين قد تخلوا عن حقوقهم على الطفل، بل قد يكونون مجهولي الهوية تماماً من ناحية أخرى، بعدئذ يصبح الطفل من دون آباء قانونيين ومن دون بلد للمواطنة تُمكنه من الحصول على الجنسية.

لذا فإنّ المشكلات النّاجمة عن عقود تأجير الأرحام الدّولية، مع وجود الاختلاف في تنظيم هذه العقود، وفي قوانين النّسب، يصبح الطّفل عديم الجنسية،⁽¹⁾ ومع ازدياد هذه التّكنولوجيا، أصبح تأجير الأرحام حلاً لرغبة الأفراد والأزواج في إنجاب الأطفال، فمن أكثر القضايا التي أثارها عقود تأجير الأرحام هي مسألة تحديد نسب الطّفل المولود من جراء هذه العقود.⁽²⁾

(1) وذلك بسبب ازدياد تقنيات الإنجاب المساعد (ART)، إذ يتفاوض الأزواج على عقود الإنجاب الصناعي بأسعار مرتفعة، حيث يتراوح المتوسط الحالي بين 100 ألف دولار إلى 150 ألف دولار. وقد فتحت هذه الأسعار الباب أمام سوق دولية للإنجاب المساعد بسبب الأسعار الأرخص في الدول الأجنبية. See; Cyra Akila Choudhury, The political Economy and legal Regulation Translational Commercial Surrogacy labor, Vanderbilt Journal of transnational law, Florida International University Legal studies Research Paper, Vol 46, No.1, (2015).

(2) See; Id, p.915.

لذا يرى جانب من الفقه أن يحدد نسب الطّفل على أساس نية أطراف العقد، وأنّ الآباء المفوضين هم الآباء القانونيون للطفل، وذلك لسد الثّغرات التي تنشأ عن اعتماد الحقيقة البيولوجيّة لتحديد النّسب، فإذا تم الاعتراف بالنّسب القانوني على أساس النّية سوف تحل مشكلة الأطفال الذين يولدون من دون تحديد نسب قانوني لهم ومن دون جنسية.⁽¹⁾

ويرد على ذلك ماذا لو تم الاعتماد على أساس نية أطراف عقد تأجير الرّحم لتحديد الوالدين القانونيين، وخرق الآباء المفوضون الاتفاق، ورفضوا تحمل مسؤولية الطّفل؟ وتخلت الأمّ البديلة عن أي مسؤولية على هذا الطّفل وفقاً للاتفاق المبرم بينها وبين الآباء؟ كما نتساءل هنا هل يمكننا القول أنّ "العقد شريعة المتعاقدين" في عقد تأجير الرّحم؟ وهل يحدد مصير الطّفل رغبات أطراف هذا الاتفاق حتى لو خالفت رغباتهم النّظام العام؟! أم هل أصبح النّسب مجرد أداة بيد الأفراد في المجتمع يحدّدونه حسب رغباتهم وأهوائهم تحت شعار تحقيق "غزيرة الأبوة والأمومة" حتى لو لم يجمعهم بالطّفل أي روابط بيولوجية؟! وهل بات ضياع النّسب أمراً غير مهماً في هذه الدّول؟

⁽¹⁾ See; Id, p.935.

الخاتمة:

عقد تأجير الرَّحْم هو: اتفاق تقبل بموجبه امرأة ما بالحمل لحساب الغير، ويقتصر دورها على المشاركة بالرَّحْم فقط من دون المشاركة في تكوين الجنين الذي سيولد. ويمكن أن تكون البويضة الملقحة في رحمها لزوجين أو لمانحين أو متبرعين. ويعدّ تأجير الرَّحْم وسيلة للإنجاب في حالات العقم مهما كان نوعه، ووسيلة للحصول على الولد من دون الارتباط بالجنس الآخر. كما أنّه أصبح وسيلة للترفيه عن آلام ومشاق الحمل والولادة بالنسبة إلى بعض النساء الزاغبات بذلك. هذا ما أفرز أوضاعاً هزّت قواعد النّسب المعروفة، ممل جعل نسب الطّفل المولود من خلال هذا العقد موزعاً على أكثر من شخص بسبب تدخل الغير في الإنجاب. ويظهر لنا من خلال البحث في تنظيم عقد تأجير الرَّحْم وآثاره، أنّه من الصّعوبة بمكان تنظيم هذا العقد، الذي يتعلق بمصير طفل تتازعت عليه الأطراف تارةً، وتارةً أخرى تخلت عنه، إذ فشلت الدّول، التي أباحت هذا العقد، في تنظيمه وإحاطته بإطار قانوني يضمن تنفيذه، حيث امتدت عقود تأجير الأرحام عبر الحدود ليتخلف عنها آلاف الأطفال بلا اسم وبلا جنسية، مفتقدين لأبسط حق من حقوق الإنسان. إضافة إلى زيادة وكالات وشركات الوساطة الرّاعية لمثل هذه العقود. مما يؤكد أنّ عقود تأجير الأرحام تعدّ خرقاً للاتفاقيات الدّولية لحقوق الإنسان، وعلى وجه الخصوص حقوق المرأة التي استُغلت من قبل وكالات وشركات تأجير الأرحام. وحقوق الطّفل الذي يعدّ في حقيقة الأمر نتاج صفقة تجارية مربحة، وضحية لمثل هذه العقود، فقد يُحرَم من أبسط حق من حقوق الإنسان وهو "حق النّسب".

وقد توصلت في نهاية هذه الرسالة إلى جملة من النتائج والمقترحات،
أعرضها على النّحو الآتي:

أولاً_ النتائج:

1_ إنّ مصطلح عقد تأجير الرّحم، في الحقيقة، عبارة عن إنشاء عقد معاوضة مع امرأة على وضع بويضة ملقحة في رحمها إلى وقت الولادة، لقاء أجر معلوم. أما التبرع بمنفعة الرّحم فهو عبارة عن إنشاء عقد تبرع مع امرأة على وضع بويضة ملقحة في رحمها إلى وقت الولادة.

2_ تحولت الأمّ البديلة إلى وظيفة تمتهنها النّساء، وهي الوظيفة الأحدث والأكثر مردوداً، حيث أصبحت العديد من الدّول سوقاً لسياحة الخصوبة"، فلم تعد الهند الدّولة الوحيدة الّتي تستفيد من عقود تأجير الأرحام، فقد ظهرت وكالات تأجير الأرحام في بعض الدّول الأخرى مثل: المكسيك، وكمبوديا، واليونان، وروسيا، وسلوفانيا، وأوكرانيا، وتايلاند، والّتي تسعى لجذب العملاء من خلال الإعلانات على الشّابكة. وغالباً ما تكون الأمّ البديلة مجبرة على الدّخول في مثل هذه العقود بسبب الضّغوط الاجتماعيّة والثقافيّة، وعلى نحو خاص، عندما تكون عرضة للاستغلال من قبل الوسطاء أو الوكلاء في وكالات وعيادات الوساطة الّتي تتوسط لمساعدة الأثرياء فهم غالباً من الطبّقات المتعلّمة والثّرية، بينما تكون الأمّهات من النّساء الفقيرات، العازبات والأقليات العرقية.. الخ

3_ انعكست بعض المواقف الأخلاقية على الصّعيد القانوني، فانقسم فقهاء القانون بين مؤيد ومعارض لمسألة تأجير الرّحم، ويعود منشأ الخلاف الفقهي والقانوني حول تكييف هذا العقد إلى الخلفيات الدينيّة والأخلاقية والقانونيّة للفقه، ما بين مؤيد ومعارض، وما بين تحريم من بعض رجال الدّين وتقبل من بعضهم الآخر.

4_ ينقسم النّظام القانوني لعقد تأجير الرّحم في الدّول التي نشأ فيها هذا العقد إلى: دول تمنع هذا العقد وفقاً لقوانينها، وتبطله استناداً على مبدأ حرمة الجسد البشري من جهة، ومبدأ عدم قابليته للتصرف من جهة أخرى. كما تعدّه جريمة معاقب عليها بعقوبات جنائية كما في التّقنين الفرنسي، ودول تسمح بهذا العقد وتنظمه بشروط قانونيّة محددة، وتجرم أعمال الوساطة لإبرام تلك العقود كما في القانون البريطاني، ودول أخرى تزدهر فيها عقود تأجير الأرحام، وتمارس على نطاق واسع من قبل شركات الوساطة وبشكل قانوني.

5_ أصابت معظم الدّول العربيّة، عندما حصرت موضوع الإنجاب بين الزّوجين فقط، فلا يمكن لأي طرف ثالث التّدخل في الإنجاب، إضافة إلى ذلك لم يغفل المشرع السوريّ عن هذا الأمر إذ منع تأجير الرّحم بموجب قرار تنظيمي لوزارة الصّحة نوهنا له سابقاً، إلّا أنّ المشرع السوريّ لم يتناول في التّعديل الذي أدخله على قانون الأحوال الشّخصية السوري مسألة التّلقيح الصّناعي عموماً، وتأجير الرّحم خصوصاً، وذلك بموجب القانون رقم 4 لعام 2019، على الرّغم من أنّ هذا التّعديل تطرق لمسألة حديثة، وهي "البصمة

الوراثية". وكذلك لم يتضمن قانون العقوبات السوري وتعديلاته أي نص على تجريم هذه الوسيلة من الإنجاب.

6- أدى تباين التشريعات بين مبيح ومانع إلى انتشار ما يعرف بالسياحة الإنجابية أو "سياحة الخصوبة"، إذ يبين الواقع العملي أنّ الأفراد في الدول التي تمنع تأجير الرّحم؛ يلجئون إلى هذه التّقنية على الرّغم من حظرها قانوناً في تلك الدول ذاتها، ويكون ذلك سراً، أو بالسفر إلى دول أخرى تبيح ذلك.

7_ رفضت بعض الدول، الاعتراف بالنّسب بين الآباء وبين الأطفال الذين يولدون في الخارج من خلال عقد تأجير الرّحم، إذ لم يعترف المشرع الفرنسي بحق المولود من تأجير الرّحم بالجنسيّة الفرنسيّة، إذ يعدّ هذا العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنّظام العام الفرنسي. وبتزايد الضّغوط على الحكومة الفرنسيّة قد يتم الاعتراف بالنّسب كأمر واقع، فقد تعرضت مراتٍ عدة للإدانة من قبل المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان، وقد يتم السّماح بها كطريقة من طرق المساعدة الطّبية على الإنجاب، ولا سيما بعد تزايد المولدين بها، وعلى نحو خاص بعد الاعتراف بزواج مثلي الجنس.

8- لا تعدّ مسألة النّسب مشكلة في معظم القوانين الغربيّة، ولا سيما في ظل المساواة بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين، في حق " النّسب " والحقوق المترتبة عليه، وبما أنّ مسألة النّسب قانونيّة تنظيميّة، كان التّشريع البريطاني من التشريعات التي أقرت النّسب للمولود من تأجير الرّحم بتوفر شروط وإجراءات محددة وبسيطة، وفي حال التّنازع على الطّفل يحل النّزاع بالرجوع إلى العقد الذي تم الاتفاق عليه بين الأطراف أو وفقاً لمصلحة الطّفل الفضلى.

9_ إِنَّ تَأْجِير الرَّحْم فِي الْمَجْتَمَعِ الْغَرْبِيِّ مَا هُوَ إِلَّا صُورَةٌ مِنْ صُورِ التَّلَاعِبِ بِالْأَنْسَابِ وَالتَّقْرِيطِ بِهَا، فَهُوَ أَمْرٌ غَيْرُ بَعِيدٍ عَنْ مَبَادِئِ هَذَا الْمَجْتَمَعِ وَقِيَمِهِ وَأَخْلَاقِهِ، وَانْعَكَسَ ذَلِكَ بِدَوْرِهِ عَلَى نَظْمِهِ الْقَانُونِيَّةِ، إِذْ تَعْتَرِفُ هَذِهِ الْأَنْظُمَةُ بِالنَّسَبِ خَارِجَ إِطَارِ الزَّوْاجِ "ابْنُ الزَّانَا"، وَبِالتَّبْنِي، وَبِالزَّوْاجِ مِنَ الْجِنْسِ ذَاتِهِ.. وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَقَدْ أُدْتُ عَقُودُ تَأْجِيرِ لَوْلَادَةِ آلَافِ الْأَطْفَالِ مِنْ دُونِ جِنْسِيَّةٍ وَمِنْ دُونِ نَسَبٍ قَانُونِيٍّ، لَا هُمْ يَتَامَى وَلَا هُمْ لِقَطَاءٍ، فَقَدْ يَصِلُ عَدَدُ الْمَشَارِكِينَ فِي تَكْوِينِ الْمَوْلُودِ إِلَى خَمْسَةِ أَشْخَاصٍ، الْأَمْرُ الَّذِي دَفَعَ بَعْضَ الدَّوَلِ أَنْ تَعْتَمِدَ فِي قَوَانِينِهَا لِحُلِّ هَذِهِ الْمَشْكَلَةِ بِتَحْدِيدِ النَّسَبِ فِي عَقُودِ تَأْجِيرِ الْأَرْحَامِ عَلَى أُسَاسِ نِيَّةِ الْمُتَعَاقِدِينَ!

10_ إِنَّ أَحْكَامَ الْأُسْرَةِ وَالْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ فِي الْقَوَانِينِ الْعَرَبِيَّةِ، عَلَى نَحْوِ عَامٍ، لَا تَعْتَرِفُ بِالنَّسَبِ خَارِجَ إِطَارِ الزَّوْجِيَّةِ، كَمَا لَا تَعْتَرِفُ بِالزَّوْاجِ مِنَ الْجِنْسِ ذَاتِهِ، وَلِأَنَّ الشَّرِيعَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ تَعَدُّ مَصْدَرًا لِقَوَانِينِهَا فَإِنَّ حِفْظَ الْأَنْسَابِ أَحَدُ أَهْمِ مَبَادِئِهَا، وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ نَسَبَ الْأَوْلَادِ الَّذِينَ يَلْحَقُونَ بِالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ هُمْ ثَمَرَةُ الزَّوْاجِ الشَّرْعِيِّ. إِضَافَةً إِلَى أَنَّ الزَّانَا جَرِيمَةٌ بَعْدَ ذَاتِهَا، كَمَا لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ بِالتَّبْنِي وَلَا تَقْرَهُ الشَّرِيعَةُ الْإِسْلَامِيَّةُ.

11_ لَا خِلَافَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ وَالبَاحِثِينَ فِي أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، حَوْلَ حَرَمَةِ تَأْجِيرِ الرَّحْمِ بِتَدْخُلِ طَرَفٍ ثَالِثٍ بَخَلَايَا تَنَاسُلِيَّةٍ ذَكَرِيَّةٍ أَوْ أُنْثَوِيَّةٍ، وَاخْتَلَفُوا فِي الصَّوْرَةِ الَّتِي تَكُونُ فِيهَا الْأُمُّ الْبَدِيلَةُ حَامِلَةً لِبُويُضَةٍ مُلْقَحَةٍ لَزَوْجِيْنٍ، وَلِلْفَقْهِ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ، الْأَوَّلُ: التَّحْرِيمُ وَلَهُ أَدْلَتُهُ، وَالثَّانِي الْإِبَاحَةُ وَلَهُ أَدْلَتُهُ.

12- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول من يكون الأب وكذلك الأم للطفل المولود، فهل الأب صاحب الحيوان المنوي أو صاحب الفراش أو غير ذلك؟ وهل الأم صاحبة البويضة؟ أم صاحبة الرحم والحمل والولادة أم غير ذلك؟ وبعد استعراض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وعرض الأدلة الفقهية التي استندوا عليها حول نسب الطفل المولود من عملية تأجير الرحم رجحت الرأي الذي انتهى إلى أن يأخذ هذا الطفل حكم اللقيط.

ثانياً_المقترحات:

1_ ضرورة إصدار تشريع في سورية ينظم الإنجاب المساعد طبياً بصورة عموماً، وتأجير الرحم خصوصاً، يحدد الشروط المتعلقة به مراعيّاً في ذلك الجانب الطبي والقانوني والشرعي معاً. إضافة إلى تعديل التشريعات الجزائية والطبية في القانون السوري وفي قوانين الدول العربية لتنص صراحة على عقوبات صارمة بحق من يقدم على هذا العمل. إذ يجب النص في قانون العقوبات على أن الاتفاق أو التوسط سواء أكان تبرعاً أم بمقابل أو الترويج أو الإعانة الطبية في تأجير الرحم جريمة، وأن مجرد التعاقد على مثل ذلك هو جريمة تستوجب عقوبة جنائية، كما يجب النص في القانون المدني على أن عقد تأجير الرحم عقد باطل.

2_ زيادة الرقابة على مراكز أطفال الأنابيب والمستشفيات والعيادات التي تقوم بعمليات الإخصاب في سورية، والمساعدة على الحمل لضمان عدم التلاعب بالحيوانات المنوية، أو البويضات.

3_ ضرورة وجود لجنة شرعية وقانونية معاً في كل مركز من مراكز العقم وأطفال الأنابيب في سورية، يلقي على عاتقها إبداء النصيحة الشرعية والضوابط الأخلاقية والقانونية اللازمة لمثل هكذا مسائل طبية.

4_ وضع إطار قانوني للتطبيقات الناجمة عن التقدم العلمي في مجالات الطب والوراثة وعلم الأحياء، ومنها تقنيات الإنجاب المساعد التي نتج عنها تقنية تأجير الرحم موضوع بحثنا.

5_ ضرورة اهتمام الجامعات بهذه التطبيقات وذلك عن طريق تنظيم الندوات والمؤتمرات وورشات عمل حولها.

6_ من الناحية الشرعية ينبغي ألا يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الأفراد وعلى نحو خاص في مثل هذه القضايا التي تهم مجتمع بأكمله، فلو فتحنا الباب لكل فرد على حدة لتضاربت الأقوال والآراء ولوقع الناس في حيرة من أمر دينهم، ولدخل في الاجتهاد من ليس من أهله ممن يتاجرون في أمور الدين، فينصبون أنفسهم أهلاً للاجتهاد والفتوى، ويبيحون أموراً قد يكون مجمعاً على تحريمها، فينبغي ترك البت في هذه المسائل للمجامع والهيئات الفقهية.

7_ على الصعيد الدولي وجود حاجة ملحة إلى اتفاقية دولية تسعى من خلالها لحل المشكلة من جذورها في البلدان التي تسمح بعقود تأجير الأرحام التجارية وبشكل قانوني، وأن تسعى إلى إغلاق أسواق تأجير الأرحام. إضافة إلى تبني سياسية حظر تأجير الأرحام لأنّ هذه العلاقة التعاقدية قد إلى تؤدي إلى استغلال المرأة والطفل، وهذا يتنافى مع كرامة الإنسان.

«قائمة المراجع»

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1_ كتب اللغة والمعاجم والقواميس:

- ابن منظور، لسان العرب، دار الصياد، بيروت، 1955م.
- الرازي، مختار الصحاح، دار اليمامة، دمشق، 1985م.
- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت 1986م.
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة الإيمان، مصر، 2008م.
- أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة العربية، تحقيق: عبد السلام هارون، ج1، بيروت دار الجيل، 1411هـ.
- الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دمشق، دار القلم، دون تاريخ نشر.
- عبد العزيز اللبدي، القاموس الطبي العربي، دار البشير، الأردن، ط1، 1425 هـ.

2_ الكتب الفقهية والقانونية العامة:

- الكتب الفقهية:

- إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج5، المكتب الإسلامي، بيروت، ط4، 1418هـ.

- د.أحمد الحجي الكردي، المدخل الفقهي، القواعد الكلية والمؤيدات الشرعية، جامعة دمشق 2012.
- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357 هـ.
- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، نظرية العقد، مطبعة الإستانة، 1338هـ.
- أحمد محمود الشافعي، الملكية والعقد، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، 1988.
- أحمد عمرو الجابري، الجديد في الفتاوي الشرعية للأمراض النسائية والعقم، دار الفرقان، الأردن، ط1، 1994.
- أكمل الدين محمد بن محمود البابرّي، شرح العناية على الهداية، دار الفكر بيروت، لبنان، د.ت.ن.
- ابن حزم المحلي بالآثار الطبية، عبد الغفار سليمان البنداري، ج11، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1988.
- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، كتاب النكاح، دار الريان للتراث، د.ت.ن.
- أبو بكر أحمد بن علي بن الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.
- أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، ط1، 1400هـ.
- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي الحنبلي، المغني، ج6، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.

- البقري، الرحبية في علم الفرائض بشرح سبط المارديني وحاشية العلامة البقري، علق عليهما وخرج أدلتهما د. مصطفى البغا، دار القلم، دمشق، ط8، 1998.
- أبي الفرج بن ابن رجب الحنبلي، علق عليه د. محمد علي البناء، القواعد الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1429هـ.
- أمل موسى الطراونة، استئصال الرحم وآثاره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة مؤتة، الأردن، 2011.
- د. بكر عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، المجلد الأول، الطبعة الأولى 1996.
- د. عائشة أحمد سالم، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008.
- عبد الغفار سليمان البنداري، ابن حزم المحلي بالآثار الطبية، الطبعة الأولى، الجزء الحادي عشر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.
- عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب الجامعية، بيروت، 1411هـ.
- علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي المعروف بابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، دار الحديث، ط1، 1413 هـ.
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج4، ط1، 1406هـ.
- علي أحمد، القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطويرها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، دار القلم ، دمشق، ط4، 1998 .
- علي محمد يوسف المحمدي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية(طرق إثباته ونفيه)، دار قطني بن الغجارة، الدوحة، ط1، 1994.

- د. زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، مصر، د. ت. ن.
- زين الدين إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر بيروت، 1404 هـ.
- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط1، 1412 هـ.
- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- د. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1998.
- د. متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه "مصادر التشريع"، مكتبة السنة بالقاهرة، ط1، 2010.
- محمد أحمد القرطبي المعروف بابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب القانونية، ج5، بيروت، ط4، 1428 هـ.
- محمد أحمد القرطبي المعروف بابن رشد، دار إحياء التراث، بيروت، ط1، 1992.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر، مصر، 1416 هـ.
- د. محمد أمان بن علي الجامي، الحكم على الشيء فرع من تصوره، دار المنهاج، القاهرة، مصر 2004.
- محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الإسلامي، دار القلم، ج4، ط3، 2011.

- محمد بن أب بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1415 هـ.
- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، المطبعة التجارية الكبيرة، بيروت، د. ت. ن.
- د. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، الإجهاض، أحكامه وحدوده في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، العبيكان للنشر، الرياض، السعودية، 2011.
- محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط1، 1997.
- محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط1، 1410 هـ.
- د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، جدار السعودية والتوزيع، جدة، 1420 هـ.
- محمد علي الحِصْني المعروف بعلاء الحصفكي الحنفي، الدار المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)، دار الكتب العلمية، ط1، 1423 هـ.
- د. محمد نبيل غنام، قضايا فقهية معاصرة، ج1، د. م. ن، 2010.
- د. محمد سعيد رمضان البوطي، نسيم الشام، د. ت. ن.
- د. محمد سعيد البوطي، مع الناس منشورات وفتاوى، ج2، دار الفكر، 2004.
- محمد صدقي بن أحمد الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1996.
- مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط1، 2006.

- د. مصطفى الرزقا، فتاوي مصطفى الرزقا، قدم لها د. يوسف القرضاوي، دار القلم ، دمشق، ط1، 1420 هـ.
- مصطفى بن سعد بن عبد الرحبياني الإمام الحنبلي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1415 هـ.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ.
- د.مها الأبرش، الأمومة ومكانتها في ضوء الكتاب والسنة، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1996.
- د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ج4، ط2، 1985.
- د. وهبه الزحيلي، فتاوي معاصرة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2003.
- د. يوسف القرضاوي، فتاوي معاصرة، الجزء الأول، نشر دار القلم، ط7، 1998.

الكتب القانونية:

- د. أحمد زياد سلامة ود. عبد العزيز الخياط، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، دار العربية للعلوم، عمان، ط1، 1996.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت. ن.
- د. عبد الفتاح محمد دويدار، الأساس البيولوجي والفيزيولوجي للشخصية، دار العلم للملايين، بيروت، د. ت. ن.
- د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عملية زرع الأعضاء، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975.

- د. حسام محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 1990.
- د.حسين محمد ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد، دار التعاون القاهرة، ط1، 2004.
- د.حسيني هيكل، النظام القانوني الصناعي للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2007.
- زبيدة إقروفة، التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، ط1، 2010.
- د. فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 2005.
- د. فواز صالح، القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الإرادية، جامعة دمشق، 2011 - 2012.
- د. فواز صالح، دراسات قانونية في الأخلاقيات الحيوية والطبية، المركز العربي للتعبير والتأليف والنشر، دمشق، 2015 .
- د.كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الإنسان، شرح قانون العقوبات الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1988.
- د.محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقانون، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، 1990.
- د.محمد علي البار، مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1985.
- د.محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات الأردني، (الجرائم الواقعة على الأشخاص)، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2002.

- د.محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2، 2007.
- د.محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- د.محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، جامعة دمشق، ط10، 2004.
- د.محمد بن عبد العزيز، أحكام التلقيح غير الطبيعي، كنوز اشبيليا، ج1، ط1، 2009.
- د.محمد المرسي زهرة، الإنجاب المساعد أحكامه القانونية وحدوه، مطبوعات جامعة الكويت 1992-1993.
- د.محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي إلى نظرة الجذور، الدار السعودية للنشر، 1985.
- د.مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت، 2001.
- د.مفتاح محمد أقيط، الحماية القانونية للجنين، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- د.ممدوح محمد خيرى هاشم، الإنجاب لصناعي في القانون المدني، القاهرة، 1996.
- منى فايز اللوزي، الإجهاض طبياً، قانونياً، فقهيّاً، عمان، ط1، 1996.
- د. منذر طيب البرزنجي، ود.شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنتاج البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مطبعة مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، ط1، 2001.

- د.يوسف عبد الرحمن الفرت، قضايا طبية معاصرة، دار الفكر، القاهرة، 2005.
- يوسف يعقوب السلطان، تقنيات الطب البيولوجية وحقوق الإنسان، سلسلة الكتب المترجمة، الطبعة الأولى، 1996.

3_ الكتب القانونية المتخصصة:

- د.عبد الحليم منصور علي، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام، دراسة فقهية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ط1، 2003.
- د.عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة "الرحم الظئر"، دار النهضة العربية، مصر، 1995 .
- عبد الله الفيضي، أحكام حق النسب، دراسة تأصيلية مقارنة، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2015.
- د.حسني ممدوح عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006.
- د.حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من تأجير الأرحام، دراسة مقارنة، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، معارف الإسكندرية، د. ت. ن.
- د.حسني هيكل، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الاصطناعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2016.

- حمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، مصر، دار الكتب القانونية، 2003.
- حيدر كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في ضوء الإخصاب الاصطناعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، 2016.
- د. شوقي زكريا الصالحي، الرحم المستأجر وبنوك النطف والأجنة والحكم الفقهي والقانوني لهما، العلم والإيمان للنشر والتوزيع 1427 هـ.
- طارق عبد الله محمد أبو حوة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة كلية الحقوق 2005.
- د. طه الحبشي، تأجير الأرحام بين اتجاهات العلم وحتمية الدين، دار الكتب المصرية، ط1، 2001.
- د. ماهر حامد الحولي، الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الرحم، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009.
- د. محمد عبد ربه السبحي، حكم استئجار الأرحام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- د. هيام إسماعيل السماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013 .

4_ رسائل الدكتوراه والماجستير:

- أحمد عمراني، حماية الجسم في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشرعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2013.

- بلباهي سعيدة إجارة الرحم وأثرها على النسب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بن يوسف خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2014-2015.
- د.حنان الخطيب، ود.سوسن جبري وخلود السلطي، آخر التطورات حول أطفال الأنابيب، رسالة دكتوراه جامعة دمشق، مطبعة دمشق، 1987.
- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، 2012.
- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القانون، جامعة امحمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، الجزائر، 2006.
- علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015.
- عبد الرزاق الشيبان، استتجار الأرحام بين الشريعة والقانون، رسالة دبلوم، إشراف د.فواز صالح، جامعة دمشق، 2004.
- علي بن مشيب بن عبد الله البكري، استتجار الأرحام، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.
- صالح البشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2013.
- محمد ولد عال ولد محمياي أحكام النسب وطرق إثباته في القانون الجزائري والقانون الموريتاني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، كلية الحقوق، 2008.

- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، بحث مقدم لنيل الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون أسيوط، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.
- ميادة القرعان، البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2017.
- ميادة محمد شريف القرعان، تأجير الأرحام، بحث قانوني لنيل درجة أستاذ في المحاماة، نقابة المحامين، دمشق، د. ت. ن.
- واعر يوسف، البصمة الوراثية لإثبات النسب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2016.
- وليد حمود، استئجار الرحم بين الشريعة الإسلامية والقانون، بحث علمي لنيل لقب أستاذ في المحاماة، نقابة المحامين، دمشق، 2013.
- يوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013.

5_ المقالات المنشورة في مجلات علمية محكمة:

- آمال محمد خير المقداد، مستجدات نظرية السبب في القانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة البعث للعلوم الإنسانية، حمص، المجلد 40، عدد 79، 2018.
- أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 7، 2014.

- د. الصادق ضريفي، الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي القانون المقارن بين الحظر والإباحة، بحث منشور في مجلة معارف قسم العلوم القانونية، عدد 18، 2015.
- بلعباس أمال، بن عزيزة حنان، التكيف القانوني لعملية تأجير الرحم، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بكر بلقايد تلمسان، عدد 4، 2017.
- د. حسني محمود الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة بتفهمنا الأشراف، عدد 6، 2005.
- د. جابر مهران، الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي، بحث منشور مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، عدد 21، 1998.
- د.رشدي شحاتة، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة حلوان، عدد 7، 2002.
- د.سعيد جاسم محمد، عقد تأجير الرحم، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون بجامعة بابل، العراق، عدد 1، 2015 .
- د. طاهر دامرجي، الأمّ البديلة في القانون المدني السوري، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 33، عدد 2، 2017.
- د.عبد القادر محمد أبو العلا، تأجير الأرحام حرام، بحث في مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، عدد 13، ج 1، 2001.

- د. عبد الله يوسف إبراهيم محمد، إجازة أرحام النساء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة جامعة كردفان الآداب والدراسات الإنسانية، السودان، عدد 4، 2014.
- د. عقيل فاضل الدهان، د. رائد صيوان عطوان، المشاكل القانونية والشرعية لعقود تأجير الأرحام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق في جامعة النهرين، العراق، المجلد 13، الإصدار الثاني، 2011.
- د. عارف علي عارف، الأم البديلة، الرحم المستأجر، بحث منشور في مجلة رؤية إسلامية، مجلة إسلامية، عدد 19، 1420هـ، 1999م.
- د. فواز صالح، المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والعشرون، 2005.
- د. فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011.
- د. محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب (التلقيح الصناعي)، بحث منشور مجلة الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، عدد 3، ج 1، 1987.
- د. معن خليل العمر، جريمة استئجار الأرحام وأثرها في تفكيك الأسرة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، السعودية، دون تاريخ نشر.
- د. محمد لطفي، إتحاف الأنام بحكم تأجير الأرحام، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهمنا الأشراف دقهلية، عدد 2004، 13.
- ميس شريف مصاروة، تأجير الأرحام في مراة الإسلام، أكاديمية القاسمي كلية أكاديمية التربية، 2007-2008.

- د.ناديا قرماز، المنظور القانوني والشرعي لعقد تأجير الرحم، بحث منشور في مجلة الرزقا للبحوث والدراسات الإنسانية، المجلد الخامس عشر، عدد1، 2015.
- ناهد البقصمي، الهندسة الوراثية والأخلاق، بحث منشور في مجلة علم المعارف، سلسلة كتب ثقافية شهرية، عدد 174، الكويت، 1993.
- د.هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، عدد3، 2011.

6_ مقالات منشورة على مواقع الكترونية:

- د.عبد الفتاح إدريس، استئجار الأرحام قضية مثيرة فهل حسمها علماء الدين؟ القاهرة، أحمد جمال، مقال منشور في مجلة لها، بتاريخ 2016/5/26 (www.lahamag.com/Details/7031/)
- د. عبد المعطي البيومي، "حلال حلال" مقال منشور في زاوية قضايا وآراء في جريدة الأهرام، عدد 41802 بتاريخ 2001/5/19. (www.alaram.org)

7_ الموسوعات:

1_ الموسوعة القانونية المتخصصة:

- د. رياض العجلاني، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد السادس، ط 1، دمشق، 2010.

- د. فواز صالح، أركان العقد، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الخامس، ط1، دمشق، 2010.
- د. فواز صالح، قانون زرع الأعضاء والتبرع بها، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد السادس، ط1، 2010.
- د. فواز صالح، آثار العقد، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الخامس، ط1، 2010.
- د. فواز صالح، الإبطال والبطال في القانون الخاص، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الخامس، ط1، 2010.
- د. فواز صالح، البصمة الوراثية، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الأول، ط1، 2010.

2_الموسوعة العربية العالمية، ج13، السعودية، مؤسسة أعمال الموسوعة العربية، 1996.

3_موسوعة عمر ين عبد العزيز قلنجي، محمد رواس، دار النقاش للطباعة والنشر، بيروت 2005.

4_الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار السلاسل الكويت، ج1، 1983.

5_أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت لبنان، 1421هـ، 2000م.

9_القوانين:

- الدستور السوري لعام 2012.
- القانون المدني السوري الصادر بتاريخ 1949/5/18.

- القانون المدني المصري رقم 131 الصادر بتاريخ 1948 / 7/29.
- القانون المدني الجزائري رقم 75-58 بتاريخ 1975/9/26 وتعديلاته.
- قانون المعاملات المدنية في الإمارات العربية المتحدة، الصادر بتاريخ 1985/1/15، وتعديلاته.
- قانون العقوبات السوري رقم 148 الصادر بتاريخ 1949/6/22 وتعديلاته.
- قانون العقوبات المصري رقم 58 لعام 1937 وتعديلاته.
- قانون العقوبات الجزائري رقم 66_156 الصادر بتاريخ 1966 / 6/8.
- قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لعام 1987 وتعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 188 لعام 1959 وتعديلاته.
- قانون الأسرة الجزائري رقم 48-11 بتاريخ 1984/6/9 وتعديلاته.
- القانون رقم 30 تاريخ 2003/11/20 المتعلق بنقل الأعضاء وزراعتها.
- القانون الاتحادي المتعلق بالترخيص لمراكز الإخصاب الصناعي في الدولة رقم (11) لعام 2008.
- قانون الطب الإنجابي التونسي رقم (39) لعام 2001.
- التقنين المدني الفرنسي.
- قانون العقوبات الفرنسي رقم 654/94 لعام 2000.
- قانون التخصيب البشري وعلم الأجنة عام 1991 وتعديلاته.
- قانون النسب الموحد لعام 2000 الأمريكي، وتعديلاته.

ثانياً: المراجع باللغة الإنكليزية:

- Dr; Adeline Gouttenoire, Surrogacy agreements: at last, the primacy of the child interests, European law (ECHR), Montesquieu Law Review, Program Supported by the ANR n°ANR-10-IDEX-03-02, Issue No.1 January 2015.
- Amy Garrity, a comparative analysis of surrogacy law in the United States and Great Britain –A proposed model statute for Louisiana, Louisiana law Review, Volume 60l Number 3, 2000.
- Bianca Jackson, Surrogacy; A Guide to the current law, (part1), Journal of Social Welfare and Family law 268, 2012.
- Bianca Jackson, surrogacy; A Guide to the current law(part 2)–Issues Arising –Journal of Social Welfare and Family law 273, 2012.
- Brittany M. Nichol, A child without A country; Dissolving the statelessness of children born through surrogacy, 2016.
- Catherine Delair , Ethical Moral and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies, Employed by Gay and Man and Lesbian Women,4 DePaul J. Health Care, 2000.
- Grégor PUPPINCK, and Claire de La Hougue, ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy,

Regarding the *Mennesson v France* and *Labassee v France* cases(n°65192/11 & n°65941/11), English translation of an original study published in French in the *Revue Lamy de Droit Civil*, n°118, 2014.

- Cyra Akila Choudhury, *The political Economy and legal Regulation Translational Commercial Surrogacy labor*, *Vanderbilt Journal of transnational law*, *Florida International University Legal studies Research Paper*, Vol 46, No.1, (2015).
- Katarina lee, *World Surrogacy Laws,(comment on Reproduction Ethics)*, M.A. Copyright 2015.
- Molly J. Walker Wilson, *Precommitment in free-market procreation; Surrogacy commissioned Adoption, and limits on Human Decision Making Capacity*, 31 *J.LEGIS* (2005).
- Magdalina Gugucheva, *CRG Council for responsible genetics, Surrogacy in America*, Cambridge, 2010.
- Marilyn Crawshaw, Eric Blyth and Olga van Akker, *The changing profile of surrogacy in the UK. Implications for national and international policy and practice*, *Journal Social Welfare & Family Law*, iFirst, 2012.
- Poonam Pariya, *Womb on rent; Surrogacy Tourism In India Ethical or Commercial*, Department of

Management Pranithi Degree College, A.P. India, 2015.

- Parker Philip J, Motivation of surrogate mothers; initial findings, American Journal of Psychiatry 1983 January; 140(1);117-8.
- Sussane L Gossl, Germany international Surrogacy agreement; legal regulation at the international level,(Katrina Trimmings & paul Beaumont eds), 2013.
- Steven H. Snyder and Mary Patricia Byrn, the use of prebirth parentage orders in surrogacy proceedings, Application of the ABA of family law, American Bar Association All rights reserved, 2005.
- Ted Peters, Surrogate Motherhood; An Ethical Puzzle, in for the love children; Genetic Technology and the Future of the Family 59- 60(Don R.Browning& Ian S.Evison ed..1996).
- Radhika Rao, Surrogacy law in the United State; The Outcome of Ambivalence, in Surrogacy MOTHERHOOD. International Perspectives 23, 2003.
- Yehezkel Margalit, From baby M to Baby M (ANJI); Regulating International Surrogacy Agreements, Journal of law and policy, Volume 24, Issue 1, 2016.

- Sue .A Meinke, Surrogate Motherhood; Ethical and Legal Issues, Georgetown University Washington, 1988.
- Vasanti Jadv ,Emma Jycett ,Fiona macCllum Surrogacy; the experiences of surrogate mother, Human reproduction, London, 2003.

ثالثاً_المراجع باللغة الفرنسية:

- Anne Blandine Caire, le corps gratuit; réflexions sur le principe de gratuite en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain, RDSS 2015.
- Angès Leclair, La cour de cassation entrouvre la porte à la gestation pour autrui, Mis à jour le 7/7/2017 à 9;42; (www.lefigaro.fr/actualiteFrance/2017/7/5/01016-20170705ATFG00360)
- Aude Mirkovic, A'propos de la maternité pour autrui, Droit De la Famille, Revue Mensuelle; LEXISNEXIS JURISCL ASSEUR , Juin 2008.
- Clélia Richard et Florent Berdeaux- Gacogne, Sanction de la gestation pour autrui (GPA), copyright 2016 ,Dalloz.

- Cécile Petit, Premier avocat général a la cour de cassation, statut juridiques des enfants nes d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, Recueil Dalloz 2013.
- François Chénéde, Droit de le Famille, De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du code civil. AJ Famille 2017.
- Guy Raymond, La procréation artificielle et le droit français, sem, jur, 1983.
- Laure Montillet, la nation de filiation en droit compare droite français et droit anglais, thèse pour doctorat en droit prive, Université Panthéon Assa, 2013.
- Louis d'Avout, La " reconnaissance " de la filiation issue d'une gestation pour autrui a l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassee, Recueil Dalloz 2014.
- M. Harichaux, le corps Objet, in Bioéthique et Droit, J.C.P, Ed. 1994.
- J.R Devichi, les preuves scientifiques et les contentieux de la filiation, Rev. Trim. Dr. Civ 1983.
- J.R. Devichi, la procréation artificielle, état des questions, R.t.d.c, 1987.
- Marie -Xavière CATTO, la Revue de Droits de l'Homme, la Gestation pour Autrui; d'un problème

- d'ordre public au conflit d'intérêts , n°3, Institut de Droit Comparé Paris II Panthéon- Assas, juin 2013.
- Michele Harichaux, L'assurance maternité et la maternité par substitution "RTDSS 1985.
 - Emilie CAMUZUET, la Convention de Gestation Pour Autrui; Une illégalité française injustifiée, Mémoire présenté et soutenu vue de l'obtention du master droit " recherche" mention "droit médical" Lille 2, université de droit et de la sante, Ecole Doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion (n°74) Faculté des sciences juridiques, politique et économiques de gestion ,2005,2006.
 - Sylvaine Agacinski, corps en miettes, Flammarion , Paris, 2009 .

رابعاً:المواقع الالكترونية:

- [http:// www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- www.legislation.gov.uk
- <http://www.azher.eg/magmaa>
- www.who.int/en/
- www.dr-bayoumy.com

- www.ar.themwl.org/nod/11
- www.da-alifta.org
- www.oic-oic.org
- www.iifa-iifa.org
- Dublin2.www.ionanstitute.ie

الصفحة	«فهرس الموضوعات»
1	مقدمة
10	الباب الأول: مفهوم عقد تأجير الرّحم ومدى مشروعيته
12	الفصل الأول: مفهوم عقد تأجير الرّحم
14	المبحث الأول: تعريف عقد تأجير الرّحم وخصائصه
16	المطلب الأول: تعريف عقد تأجير الرّحم
16	الفقرة الأولى: تعريف عقد تأجير الرّحم كمركب إضافي
24	الفقرة الثانية: تعريف عقد تأجير الرّحم كمفهوم مستقل
36	المطلب الثاني: خصائص عقد تأجير الرّحم
42	المبحث الثاني: أسباب ظهور عقد تأجير الرّحم
45	المطلب الأول: أسباب عقد تأجير الرّحم بالنسبة إلى أطراف العقد
45	الفقرة الأولى: بالنسبة إلى مستأجري الرّحم
49	الفقرة الثانية: بالنسبة إلى صاحبة الرّحم
53	المطلب الثاني: أسباب عقد تأجير الرّحم بالنسبة إلى شركات الوساطة
57	الفصل الثاني: مدى مشروعية عقد تأجير الرّحم
59	المبحث الأول: تحريم عقد تأجير الرّحم
63	المطلب الأول: تحريم عقد تأجير الرّحم في القانون الوضعي
65	الفقرة الأولى: في القانون الفرنسي
87	الفقرة الثانية: في القانون الجزائري
94	الفقرة الثالثة: في القانون الإماراتي
98	الفقرة الرابعة: في القانون السوري
108	الفقرة الخامسة: في القانون المصري
120	المطلب الثاني: تحريم عقد تأجير الرّحم في الشريعة الإسلامية

120	الفقرة الأولى: استئجار رحم الأجنبية
123	الفقرة الثانية: استئجار رحم الضرة
153	المبحث الثاني: إباحة عقد تأجير الرّحم
155	المطلب الأول: إباحة عقد تأجير الرّحم في القانون الوضعي
157	الفقرة الأولى: في المملكة المتحدة "بريطانيا"
163	الفقرة الثانية: في الولايات المتحدة الأمريكية
178	المطلب الثاني: إباحة عقد تأجير الرّحم في الشريعة الإسلامية
179	الفقرة الأولى: استئجار رحم الأجنبية
199	الفقرة الثانية: استئجار رحم الضرة
206	الباب الثاني: آثار عقد تأجير الرّحم
209	الفصل الأول: آثار عقد تأجير بالنسبة إلى المتعاقدين
211	المبحث الأول: آثار عقد تأجير الرّحم في القوانين التي تحرمه
213	المطلب الأول: التزامات المتعاقدين في القانون الوضعي
214	الفقرة الأولى: إبرام عقد تأجير الرحم بصورة سرية
227	الفقرة الثانية: العقود المبرمة في الخارج في الدول التي تبيح عقد تأجير الرحم
241	المطلب الثاني: أثر بطلان عقد تأجير الرحم في التزامات المتعاقدين في الشريعة الإسلامية
241	الفقرة الأولى: استحقاق صاحبة الرحم الأجرة
246	الفقرة الثانية: استحقاق صاحبة الرحم النفقة
249	الفقرة الثالثة: تسليم الطفل المولود
255	المبحث الثاني: آثار عقد تأجير الرحم في القوانين التي تبيحه
257	المطلب الأول: التزامات الآباء المفوضين وحقوقهم

257	الفقرة الأولى: التزامات الآباء المفوضين
263	الفقرة الثانية: حقوق الآباء المفوضين
265	المطلب الثاني: التزامات الأم البديلة وحقوقهم
265	الفقرة الأولى: التزامات الأم البديلة
271	الفقرة الثانية: حقوق الأم البديلة
278	الفصل الثاني: آثار عقد تأجير الرّحم بالنسبة إلى الطفل المولود
280	المبحث الأول: آثار عقد تأجير الرّحم في القوانين التي تحرمه
282	المطلب الأول: نسب الطفل المولود نتيجة عقد تأجير الرحم في بعض القوانين الوضعية التي تحرمه
283	الفقرة الأولى: في القانون الفرنسي
312	الفقرة الثانية: في القانون الجزائري
323	الفقرة الثالثة: في القانون الإماراتي
330	الفقرة الرابعة: في القانون السوري
335	الفقرة الخامسة: في القانون المصري
339	المطلب الثاني: نسب الطفل المولود نتيجة عقد تأجير الرحم في الشريعة الإسلامية
339	الفقرة الأولى: ثبوت النسب من جهة الأب
347	الفقرة الثانية: ثبوت النسب من جهة الأم
368	المبحث الثاني: آثار عقد تأجير الرّحم في القوانين التي تبيحه
370	المطلب الأول: في المملكة المتحدة "بريطانيا"
377	الفقرة الأولى: تنظيم المشرع البريطاني نسب طفل تأجير الأرحام
377	الفقرة الثانية: المشكلات القانونية التي واجهن القضاء البريطاني
391	المطلب الثاني: في الولايات المتحدة الأمريكية

391	الفقرة الأولى: تحديد النسب على أساس الحقيقة البيولوجية
394	الفقرة الثانية: تحديد النسب على أساس النية
399	الفقرة الثالثة: قانون النسب الموحد
403	الفقرة الرابعة: قانون الهجرة والجنسية
408	خاتمة
415	قائمة المراجع