عقد إجارة الأرحام بين

الإباحة والبطلان

الدكتور

ابراهيم صالح عطية حسن

قسم القانون الخاص

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

يتضمن هذا البحث جانبا من قضايا ، تشغل العامة والمثقفين من المسلمين ، باعتبارها قضايا مؤثرة في سلوك الافراد وتصرفاتهم ، وتعنى المجتمعات بان يرقى ابناؤها ويناوا بانفسهم عن التورط في سلبياتها ، لانها حينئذ ستكون اساسا لمشكلات اجتماعية وخلقية ودينية ، لايؤمن بها ولا يرتضيها ذو الفكر الصائب ، واولو الالباب من الناس ، ومنه اكثر القضايا المعاصرة التي اثيرت حديثا واختلف حولها الفقهاء ورجال الطب من معارضين ومؤيدين لها الا وهو (عقد تاجير الارحام) او ما يسمى (بشتل الجنين) او (الام الحاضنة) او (الام البديلة) او (الرحم المستعار) او (البطن المؤجر) او (الرحم الظئر) ومهما اختلفت التسميات فان الفكرة واحدة وقد بدا هذا الموضوع يثير ضجة في كوكب الارض منذ ان اسرت (لويز بروان) (اول طفلة انابيب) اهتمام العالم يوم ٢٥ يوليو عام ١٩٧٨ م

وبديهي ان اكثر الناس في اوربا وامريكا استهدفوا حل مشكلاتهم ، ولم يراعوا حكم الدين في الصورة التي توصلوا بها الى النجاب ، احلال هي ام حرام ؟ لان هؤلاء لا يرعوون عن الحرام ، منهم لا يكادون يلتزمون الدين ولا يرجون الله وقارا .....

كيف ينعقد عقد تاجير الارحام ومن هم اطرافه وما هي اركانه وما موقف التشريع وراي الفقه وحكم القضاء وهذا ما سوف نتناوله في فحوى موضوع البحث

عقد اجارة الارحام بين الاباحة والبطلان

يواجه عالمنا الاسلامي اليوم تحديات جمة تستهدف كيانه الذاتي وتهدد وجوده الحضاري وتضعف من قدراته على الصمود والمقاومة ، بل وتجعله مشتت الحلول من قبل فقهاء عالمنا الاسلامي ، وذلك لان هذا العقد ولد من رحم الحضارات الغربية ، والتي تكون بعيدة عن فحوى ومضمون عالمنا الاسلامي وشريعتنا السمحاء هذا اولا ولان القوانين الوضعية لم تتناول هذا العقد لامن بعيد ولا من قريب . هذه التحديات ليست مجرد تحديات سياسية وعسكرية ، وانما هي تحديات فكرية وثقافية بل ودينية ، لانها تهدد الهوية الذاتية للامة الاسلامية ، واذا كانت التحديات العلمية والتطور التكنلوجي كما في مجال الذرة والطاقة النووية والفضاء والاتصالات وتطور الالات المستخدمة فيه والصناعات الالكترونية والطيران كلها تحديات وقف العقل العربي والاسلامي عاجزا عن مجاراتها فان تحدي اليوم اكبر بما اعلنه عن منجزات كبيرة في مجال التقنيات المرتبطة بالانجاب والهندسة الوراثية ونقل الاعضاء واستنساخ الانسان بل والتحدي الاكبر الذي لجا اليه الغربيون ووضعوا له القوانين المناسبة التي تنظم العمل بهذا العقد بحسب شرائعه الوضعية الا وهو (عقد تاجير الارحام) وهي الوسيلة العلمية الحديثة التي بموجبها التغلب على حالات العقم الناتجة عن فشل

لاطفال الانابيب بسبب وجود مشاكل في رحم الام او امراض تؤدي الى عدم التصاق البويضة بجدار الرحم مما تشكل الأم نفسية يلازم المراة المتزوجة طيلة حياتها وقد يهدد حياتها بسبب حرمانها من ثمار الامومة ويشكل لها عذابا نفسيا اشد ايلاما من الضرر المادي ، فمن نعم الله على الانسان ان يمنحه الذرية ، لان الاولاد هدف كل زوج وحاجة مشروعة وغرض مقصود لكل من الزوجين ، فهم الذين يمنحون الدفء والسعادة والتجدد للحياة الزوجية ، حيث ان الانسان يطلب ذلك بكل وسيلة ممكنة ، قال تعالى : (المَالُ وَالبَنُونَ زِينَةُ الحَيَاةِ الدُّنيَا وَالبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيرٌ أَملًا) [1]واستطاع العلم الحديث وتقنيات الانجاب ان يخطو خطوات سريعة لمعالجة حالات العقم ، بحيث تنجب المراة بطريقة غير الطريق الطبيعي ، وبدا عهد جديد في احداث طرق جديدة للاستيراد ومنهاطريقة الرحم المستاجر او(الام البديلة)تعتبرمن الوسائل العلمية الحديثة للتغلب على حالات العقم او الفشل عن عمليات اطفال الانابيب او بسبب وجود مشاكل في رحم المراة او امراض تؤدي الى عدم التصاق البويضة بجدار الرحم ، واذا كان هذا التطور الجديد وهو تاجير الارحام او الام البديلة يكون حلا للذين يعانون من امراض اتفة الذكر فانه يمثل تحدي وخاصة الى عالمنا العربي والاسلامي لان ذلك اذا كان مقبولا في شرائع الغرب فانه غير مقبول في شرائع اخرى ، وقد تقبله شريعة في حين ترفضه اخرى او تتحفظ عنه ولغرض بيان فحوى عقد تاجير الارحام واهميته لابد من ان نتناوله في ثلاث مباحث وعلى الشكل التالي :

مفهوم عقد اجارة الارحام في المبحث الاول

التنظيم القانوني لعقد تاجير الارحام في المبحث الثاني

واراء الفقهاء في المبحث الثالث

[1] سورة الكهف الاية ٤٦ .

المبحث الاول

مفهوم عقد تاجير الارحام وتطوره التاريخي :

ان مفهوم عقد تاجير الرحام او الام البديلة هي عملية زرع بويضة امراة ملقحة بحيوان منوي من زوجها في رحم امراة اخرى حتى تلد مقابل مبلغ من المال او دون مقابل مالي ، وقد برزت اهمية هذا العقد لمعالجة حالات العقم او ان صاحبة البويضة لا يصلح رحمها للحمل او فقدت رحمها مع وجود المبيضين صالحين او لرغبة صاحبة البويضة ان يكون جسمها سليما او للمحافظة على رشاقتها او جمالها او لمجرد ان تبعد نفسها عن اعباء الحمل وآلامه او لغير ذلك من الدوافع .

ولغرض بيان فحوى هذا المبحث لابد من ان اتناوله في مطلبين ابين مفهوم عقد تاجير الارحام في المطلب الاول .

والتطور التاريخي لعقد تاجير الارحام في المطلب الثاني .

المطلب الاول

مفهوم عقد تاجير الارحام

عقد اجارة الارحام مصطلح فقهي وقانوني مكون من عقد وكله اجارة وكلمة الارحام ومن ثم فانه يجب علينا ان نستعرض حول معنى كل من هذه الكلمات على حده وعليه لابد من بيان كل منهما في فرع مستقل وكما يلي :

الفرع الاول : مفهوم كلمة عقد

الفرع الثاني : مفهوم كلمة ايجار

الفرع الثالث : مفهوم كلمة الارحام

الفرع الاول

مفهوم كلمة عقد

اولا . العقد في لغة العرب : نقيض الحل وهو اي العقد بكسر العين يطلق على القلادة ، وهو بفتح العين يطلق على الاحكام والربط والشد نقول : عقدت فانعقد او هو معقود [2] والعقدة بضم العين موضع العقد والربط

---

[2] مختار الصحاح : للرازي ، مطبعة المعارف ، ص ٤٤٥ .

وهو ما عقد عليه ، ومن ذلك قوله تعالى (ولاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله) ومعنى ذلك ان الزواج من المطلقة لايحل حتى تنتهي عدتها .

ثانيا . تعريف العقد في الفقه الاسلامي :

للعقد عند فقهاء الشريعة الاسلامية معنيان : عام وخاص

اما المعنى العام : فهو المعنى الاقرب الى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة [٣] وهو عبارة عن كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بارادة منفردة كالوقف والابراء والطلاق واليمين ام احتاج الى ارادتين في انشائه ، كالبيع والايجار والتوكيل والرهن كما ان هناك من يقول (ان العقد ما يعقد العاقد على امر يفعله هو او يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه ..... فيسمى البيع والنكاح والاجارة ..... عقودا ..... وكذلك العهد والامان ، لان معطيها قد الزم نفسه الوفاء بها) [٤]

وعرف العقد بانه (ربط كلامين او ما يقوم مقامها ينشأ عنه اثره الشرعي) [٥]

وقد اعتبر القران الكريم الزام العقد من المبادئ الاساسية ووجه المؤمنون الى الوفاء به كما جاء في اول سورة المائدة (ياايها الذين امنوا اوفوا بالعقود)

وجاء الرسول صلى الله عليه وسلم مرسخا لهذه المبادئ بقوله (المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا) [٦]

اما المعنى الخاص فهو عبارة عن ارتباط الايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت اثره في محله [٧]

وهذا التخصيص للعقد ، هو اختيار غالبية الفقهاء ، حيث انهم لا يذهبون في اطلاق كلمة العقد الا على التصرف الذي بين طرفيه وتنشأ عنه التزامات تقوم بينهما [٨]، وذلك كما في البيع لاخر او الايجار له ونحو ذلك من التصرفات التي تتم بين طرفين ، عليه لايسمى التصرف الذي يحدث بارادة منفردة كالطلاق عقدا .

---

[3] نظرية العقد ، ابن تيمية ، ص ١٨

[4] احكام القران : للجصاص ، ج٢ ص ٢٩٤-٢٩٥ .

[5] الشيخ محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، سنة ١٩٦٧ ، ص ١٩٩ ، ٢٠٠ ، وبنفس المعنى د. عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٦٩ ، ص ١٠ - ١٣ .

[6] رواه بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن ابيه عن جده وكثير ضعيف ، ذخيرة الحفاظ ،المقدسي ، كما رواه اسحاق بن راهويه في مسنده عن ابي عامر العقدي عن كثير بن عبد الله ، ورواه الحاكم في المستد ، وروى البزاز حديث عبد الله بن عمرو ، انظر اسحاق بن مصور بن بهرام الكوسج ابو يعقوب التميمي ، مسائل الامام احمد بن حنبل ، ج٢ ، ص ١٩٢ .

[7] د.محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٢ ، ص٢٥٠ ،

[8] والى هذا المعنى الخاص للعقد حيث اشارت المادة ١٦٨ من مرشد الحيران على ان (العقد عن ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) وبنفس المعنى اشارة المادة (٧٣)

ولقد اخذت على التعريفات التى عرفت العقد بالمعنى الخاص انها تعريفات غير جامعة ، حيث انها لاتشمل الا التصرفات التي تتم بارادتين اما التصرفات التي تكون من طرف واحد ، كالطلاق والهبة والجعالة وغيرها فلا يندرج تحتها .

ثالثا . تعريف العقد في الفقه القانوني :

عرف العقد بانه توافق ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني معين سواء كان هذا الاثر هو انشاء التزام او نقله او تعديله او انهاؤه [9] وهذا التعريف للعقد يتبين انه يقوم على امرين اساسيين .

الاول : تتوافق ارادتين او اكثر كما في عقد البيع والايجار .

الثاني : ان يكون التوافق بقصد احداث اثر قانوني ، فاذا لم يكن المقصود احداث هذا الاثر فلا نكون بصدد عقد وهذه مسئلة وقائع يقدرها القاضي على ضوء الظروف التي تلابس الاتفاق [10].

وعلى هذا ، فلا يعتبر من قبيل العقد دعوة صديق للغداء وقبول الصديق لهذه الدعوة ، لان الطرفين لم يكن قصدهما انشاء التزام قانوني ، فلا مسئولية اذا عدل الداعي او تخلف المدعو ، ومما سبق يتضح وبشكل واضح ان تعريف العقد في الفقه القانوني يشابه بما عرف عند فقهاء الشريعة الاسلامية بالمعنى الخاص والخلاصة ان العقد في القانون اداة لادراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين ، واما في نظر الفقهاء فهو معد لادراك مقاصد شرعية عامة [11]

الفرع الثاني :

مفهوم كلمة الاجارة

اولا . المعنى اللغوي : الاجارة اسم للاجرة والاجرة التي تؤخذ من عمل شخص او منفعة ارضه او ملكه .

من القانون المدني العراقي . انظر محمد قدوري باشا ، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، المطبعة الكبرى القاهرة ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٢٧ ،

[9] د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ، و د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مطبعة السنهوري ، بغداد سنة ٢٠٠٨ ، ص ١٩ .

[10] د. عبد الرزاق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة الفجر الجديد ، القاهرة ،١٩٨٣ ،ص٢٦ .

[11] د عبد لودود يحيى ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٠ ، ص ١٧ فقرة ١٤ . وبنفس المعنى دز عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكر و د. محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص٣٢ . وبالمعنى ذاته د. جميل الشقاوي ، المفيد في مصادر الالتزام ، المقاصد الارادية ، دار التهضة العربية ، سنة ١٩٩٥ . فقرة ١٠ ، ص ٥٣ .

والاجارة لغة فها ثلاث بكسر الهمزة وفتحها وضمها فنقول : إجاره ، واجاره ، واجاره والكسر افصح واشهر [١٢].

ثانيا . المعنى الشرعي :

الايجار في الشريعة الاسلامية ثابت بالكتاب والسنة والاجماع وهو عقد يفيد تمليك المنافع بعوض ، ويعرفونه بانه عقد عقد علة منفعة مباحة معلومة او موصوفة في الذمة او عمل معلوم بعوض معلوم [١٣]

ثالثا . المعنى القانوني :

عرف القانون المدني العراقي عقد الايجار في المادة (٧٢٢) على ان الايجار (هة تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستاجر من الانتفاع بالماجور . كما عرفت المادة (٤٥٠) من مجلة الاحكام العدلية الايجار (بانه بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم) [١٤].

كما عرف القانون المدني المصري اليجار بانه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستاجرين الانتفاع بشيء معين من مدة معينة لقاء اجر معلوم) [١٥].

كما عرفت المادة ٥٣٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على (ايجار الاشياء عقد يلتزم به المرء ان يولي شخصا اخر حق الانتفاع بشيء ثابت او منقول او بحق لمدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا الشخص اداءه اليه)

ويتبين مما جاء من التعاريف اعلاه ان عقد الايجار يتصف بصفتين اساسيتين :

الاولى : الزام المؤجر بتمكين المستاجر من الانتفاع وهذه الصفة تبدوا اساسية في عقد الايجار ، فاذا كان جوهر عقد البيع نقل الملكية فجوهر الايجار هو تمكين المستاجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة معينة ينفق عليها كلا من المؤجر والمستاجر او يتولى القانون تحديدها اذا لم يكن هناك اتفاق على المدة [١٦]

والثانية . ان النتفاع يتم مقابل اجرة نعينة فاذا اتفق الطرفان على مقدار الاجرة فانه يجب على المساجر الوفاء بالاجرة المتفق عليها واذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الاجرة تولى القاضي تحديدها [١٧]

---

[12] يقال اجرت الدار فانا مؤجرها ، كما يقال اجرت فانا مؤاجر واجر من فلان الدار اكراها له ، والاجرة عوض العمل وجمعه اجور انظر موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي صادر عن المجلس الاعلى للشؤن الاسلامية ، ج٢ ، ص١٩٩ .

[13] اشار القران الكريم في بعض الايات الى موضوع الايجار من ذلك مثلا الاية ٢٥ ، ٢٦ من سورة القصص والاية ٧٧ من سورة الكهف انظر في ذلك د. سعدون العادي الوجيز في شرح العقود المسماة ، عقد الايجار ، ط٣ ، مطبعة بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ١٩٩ .

وبنفس المعنى د. جعفر الفضلي ، الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات الايجارية في ضوء قانون العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ ، وزارة العدل ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص١ .

[14] د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧ ، سنة ١٩٦٤ ، ص١٦ .

[15] المادة (٥٥٨) من القانون المدني المصري .

[16] د. سعدون العامري :المصدر السابق ، ص٢٢٨ .

الفرع الثالث :

مفهوم كلمة الارحام

الارحام : جمع رحم وقد وردت لفظة الارحام في القران الكريم بمعنيين شرعي وعضوي .

المعنى الشرعي : وهو صلة القرابة الناتجة عن الرحم او هو ـــــــــــــــــــــــــ والصلات الناتجة عن التزاوج .

ومن الايات الكريمة التي تحدثت عن هذا المعنى :

(واتقوا الله الذي تسائلون به والارحام) [18]

(واولوا الارحام بعضهم اولى بعض في كتاب الله) [19]

(فهل عسيتم ان توليتم ان تفسدوا في الارض وتقطعوا ارحامكم) [20]

ومنه الاحاديث التي تناولت الارحام بهذا المعنى :

روى مسلم من حديث عائشة (رضي الله عنها) ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (الرحم معلقة بالعرش تقول من وصلني وصلته ، ومن قطعني قطعته)

وروى البخاري ومسلم عن جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لايدخل الجنة قاطع رحم)

واما عن المعنى الثاني وهو العضوي وهو المقصود بتاجيره فهو العضو التناسلي للمراة ، وهو المهد وهو القرار المكين وهو المدخل للنطفة الانسانية يحوطعا ويغذيها ويرعاها حتى تبلغ اوج نموها فيخرجها الله بشرا سويا سميعا بصيرا [21]

وهناك معنى طبي حيث يعرفه علماء الطب الرحم (بانه عبارة عن تجويف ذو جدار سميك مثبت في مكانه باربطة قوية يثبت فيه الجنين حتى تكتمل اجهزته واعضائه [22]

المطلب الثاني

التطور التاريخي لعقد تاجير الارحام

---

17 د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي ، العقود المسماة ، عقد الايجار ، المكتبة القانونية ، بغداد ، سنة ٢٠٠٧ ، ٢٣٥ .

18 النساء : ١

19 الانفال :٧٥

20 محمد : ٢٢

21 محمود غريب الشربيني ، تاجير الارحان حلال ام حرام ، مكتبة الايمان بالمنصورة ، سنة ٢٠٠٠ ، ص٦ .

22 د. محمد بكر راغب ، تشريح الحوض ، مكتبة الحلبي ، بيروت ، ص٢٣١ .

الحاجة ام الاختراع هذا في مجال البحوث العلمية ، ففي مجال المرض والطب جرب الانسان الادوية واستلخص منها التافعوالمناسب ، ولما واجه الانسان مشكلة العقم واخذت حاجته الى الولد فانه تحرى الى طرق شتى وسبل مختلفة للبحث عن الشفاء ، فقصد دور السحر والمشعوذين ، ثم اتصل بمن لهم اتصال بعالم الجان ـــــــــــــــــــــــ ثم تطورت السبل الى الالتجاء الى الاطباء الشعبيين ، ثم قصد ايضا الاطباء والعلماء طالبا الحل منهم ، وسار الانسان في طريق التجربة والاختبا ر والاستنباط وقطع في ذلك مراحل واشواط كبيرة ولن يكون ذلك الحادث السعيد الذي وقع للسيد (براون) وزوجته السيدة (ليزي برون) اخر التجارب والذي اسفر عن ميلاد اول طفلة جاءت بمساعدة الانبوب بتاريخ ٧/٢٥ / ١٩٧٨ [٢٣].

وقد ظهرت تقنية وقد ظهرت تقنية استاجار الارحام في نهاية القرن التاسع عشر الميلادي وبداية القرن العشرين اما في عالم الحيوان فقد ظهرت قبل ٥٠٠ سنة [٢٤] اما بداية ظهور الام البديلة في عالم البشر فيرى البعض ان السيدة (سارة) زوجة سيدنا ابراهيم صلى الله عليه وسلم حينما عجزت عن الانجاب لكبرها وعقمها قدمت جاريتها (هاجر) لزوجها فتزوجها وانجبت له سيدنا اسماعيل عليه الصلاة والسلام اما السيدة سارة فلقد رزقها الله فيما بعد سيدنا اسحاق وحينما بشرتها الملائكة بهذا الحمل دهشت وتعجبت قائلة (ءألد وانا عجوز وهذا بعلي شيخا) [٢٥] اما الامهات البديلة (استئجار الارحام) في العصر الحديث فيختلف الامر اذ يجري تلقيح خارجي بين مني من الزوج وبيضة ماخوذة من الزوجة ، ثم تزرع اللقيحة في رحم امراة اخرى متطوعة بحملها وهذا يعني ان المراة صاحبة الرحم اعارة رحمها سواء كان ذلك طوعا او بمقابل . وعقد تاجير الارحام يتم وفق مرحلتين الاولى بين الرجل والمؤسسة والثانية بين المؤسسة والمراة المؤجرة لرحمها ، ويجب الاشارة هنا الى انه يجب تضمين العقد بندا اساسيا هو (عدم ممارسة المراة المؤجرة لرحمها الجنس مدة تسبق العقد بموجب شهادة طبيبة وكانت بداية هذا الموضوع في افتتاح اول مؤسسة دولية على الصعيد الاوربي ، لتاجير الارحام وذلك في مدينة (فرانكفورت) الالمانية في العام ١٩٨٩ وقد قام بتاسيسها المحامي الامريكي (نويل كين) [٢٦]

ان عملية تاجير الارحام او ما تسمى (مؤجرات البطون) انتشرت مؤخرا في الغرب بشكل ملحوظ وصارت المراة تبذل رحمها لتحمل بويضة غيرها وتفعل ذلك في مقابل مادي ، وتوجد في لوس انجلوس بكاليفورنيا جمعية عنوانها (جمعية الامهات البديلات) ويتوافد عليها عدد كبير من الازواج القادرين على دفع الاف الدولارات للنساء الراغبات في حمل (اي استضافة اجنة لهم في ارحامهن بعد تكوين اللاقحات (

---

[23] د. زياد احمد سلامة ، اطفال الانابيب بين العلم والشريعة ، مكتبة القاهرة ،ص ٥٤

[24] انظر عبد المحسن صالح ، مقال منشور في مجلة العربي العدد ٢٤٢ ، سنة ١٩٧٩ ، ص٥٧ .

[25] وان كان هذا الاسلوب مختلف تمام الاختلاف في العصر الحديث عما كان عليه الحال في ظل العصور المتقدمة .

[26] متوفر على الموقع www//:surrogate motherhoodhttp /services /ar /jurconsultru .

الجينات) وتنميتها لفترة في المعمل بطريقة الاخصاب الصناعي [٢٧] وتشير وكالات النباء والصحف وبعض المجلات الى وجود اكثر من ١٥ مركزا لاستئجار ارحام في انحاء الولايات المتحدة وقيمة الايجار ١٧٠٠٠ سبعة عشر الف دولار يدون في مضمون العقد بين الوكالة والمراة التي ترغب في ايجار رحمها ان هذه الطريقة يستغلها الاغنياء الذين يريدون الحصول على ذرية دون تحمل معاناة وتبعات الحمل والولادة ودون النظر الى الموافقة الشرعية . اما في العالم العربي فقد طفت على السطح وسيلة تاجير الارحام بمناسبة القضية التي اثارتها الزوجة (سماح ٢٦ سنة) والزوج (يسري ٣٦ سنة) وهي من مدينة الاسكندرية بمصر عندما توجها للدكتور عبد المعطي بيومي (عميد كلية اصول الدين / جامعة الازهر) ليعرفا راي الدين في امكانية استئجار رحم بديل الزوجة سماح الى كانت حاملا بالفعل وفي شهرها التاسع اصيبت بنزف جاد فقدت على اثرها الجنين والرحم معا ، كما اثار اعلان سيدة مصرية برغبتها في تاجير رحمها لمن يرغب في الانجاب مقابل ٢٥٠٠ دولار شهريا ونفقة شهرية اثناء الحمل جدلا فقهيا داخل الازهر ودار الافتاء المصرية [٢٨]، ولكن ماهي للطبيعة القانونية لعقد تاجير الارحام وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثاني .

المبحث الثاني

التنظيم القانوني لعقد تاجير الارحام

ابحث التنظيم القانوني لعقد اجارة الارحام لابد من بيان اركان العقد ومن هم اطرافه وهذا ما سوف نتناوله في مطلبين

المطلب الاول : اركان عقد اجارة الارحام

المطلب الثاني : طرفا عقد اجارة الارحام

المطلب الاول

اركان عقد اجارة الارحام

عرف العقد بانه (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر عل وجه يثبت اثره في المعقود عليه) [٢٩]

---

[27] د. كارم السيد غنيم ، الاستنساخ والانجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، دار الفكر العربي ، سنة ١٩٩٨ ، ص٢٣٧ـ٢٣٨ .

[28] متوفر على الموقع www //:http.surrogate motherhood /services /ar /jurconsultru

[29] المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي .

كما عرف بانه (توافق ارادتين او اكثر على ترتيب اثار قانونية سواء كانت هذه الاثار انشاء العقد او تعديله او انهاءه او نقله) [٣٠]

فالارادة او التراخي هي قوام العقد والتراخي ينصرف الى انشاء الالتزام وكل التزام لابد من ان يكون له محل وسبب ولكن جرت عادة غالبية الشراح على اعتبار المحل والسبب ركنان في العقد وفي حالة عدم توفر شروط السبب او المحل فانه يودي الى بطلان الالتزام وبالتالي الى بطلان العقد ، وان عقد اجارة الارحام شانه شان سائر العقود يقوم على ثلاثة اركان هي التراخي والمحل والسبب .

اولا . التراخي : يقصد بالتراخي ، توافق او تطابق ارادتين او اكثر في احداث اثر قانوني ، وحتى يقوم الرضا بالعقد فانه يجب ان توجد ارادة وان تتجه هذه الارادة الى احداث اثر قانوني وان يعبر عنها ، ويجب ان توجد كذلك ارادة اخرى مطابقة لها بحيث يتحقق التوافق بين الارادتين ، حتى يقوم العقد ، وقد يمر العاقدين بمرحلة تمهد للعقد كما في الوعد بالتعاقد والعربون ، وقد يصدر التعبير من الارادة في التعاقد من نائب بدلا من الاصيل .فاذا لم توجد الارادة لاي سبب من الاسباب فان الرضا لا يتوافر ، كما يلزم لكي يتوافر الرضا بالعقد ، ان تكون الارادة صحيحة واعية صادرة من شخص يعقل معنى التصرف وان يكون مدركا لما هية العقد فعديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا ارادة لهما ومثل ذلك من فقد وعيه بسبب السكر او المرض او التنويم المغناطيسي كما انه لا يكفي ان توجد ارادة بل يجب ان يعبر عنها وان تتجه الى احداث اثر قانوني فلا عبره بارادة الهازل ولا بالارادة الصورية ولا بالارادة المعلقة على مشيئة صاحبها ، كان يقول شخص الى اخر (ابيعك منزلي اذا اردت) .

واذا وجدت الارادة فلا يحفل بها القانون الا اذا اتجهت الى احداث اثر قانوني ، فلا عبره بالارادة التي لم تتجه الى احداث مثل هذا الاثر ، كما في اعمال المجاملات وقبول القيام بخدمة مجانية والتفاقات التي تقوم بين اعضاء الاسرة دون ان تنطوي على نية الالتزام ، كما يلزم ان يكون الرضا بالعقد صحيحا اي ان يكون الرضا صادر من شخص ذي اهلية لابرام العقد ، بان يكون كل من العاقدين بالغا سنالرشد وخالي من عوارض الاهليةوموانعها ، كما يجب ان تكون الارادة خالية من العيوب التي تشوب الرضا وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال والتي تجعل التعاقد قابلا للابطال لمصلحة من عيب ارادة لكنه يلاحظ ان عقد اجارة الارحام يصعب ابطاله بعد انعقاده [٣١] .

---

30 د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. طه البشير ، المصدر السابق ، ص ١٩

31 د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص٣٢ .

خاصة بعد البدء في تنفيذه لعيب اصاب رضاء احد المتعاقدين لان تنفيذ العقد يبدا باستدخال النطفة الامشاج [32]للزوجين لان رحم المراة التي قبلت شغل رحمها بهذه النطفة ، وابطال العقد في مثل هذه الحالة يؤدي الى اثار غير مرغوب فيها .

ثانيا . المحل

يراد بالمحل الاداء الذي يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن والمحل اما ان يكون نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل ولكل التزام محل ايا كان مصدر هذا الالتزام ، ومع ذلك فان اهمية دراسة محل الالتزام لاتظهر الا بالنسبة الى الالتزام الارادي (العقد او الارادة المنفردة) وذلك ان الالتزامات التي تنشا عن مصادر عن مصادر غير ارادية فان القانون يحدد محلها وهو غالبا دفع مبلغ من النقود ، اما الالتزام الارادي فان الارادة هي التي تحدد محله ويلزم في محل العقد توافر شروط [33] .

١ــ ان يكون المحل موجودا او ممكنا .

٢ــ يجب ان يكون المحل معينا او قابلا للتعيين

٣ــ يجب ان يكون المحل قابلا للتعامل فيه (شروعا) [34].

ومحل الالتزام (المعقود عليه) في عقد اجارة الارحام هو الالتزامات الملقاة على عاتق كل من طرفيه ، فحل التزام الزوجين صاحبا النطفة الامشاج هو الاجر المتفق عليه ، ومحل التزام المراة التي قبلت شغل رحمها بحمل لحساب الغير هو تقديم رحما خاليا غير مشغول بحمل ، وطاهرا من كل معوقات الحمل وسالما من الامراض وبموجب شهادة او وثيقة طبية والسؤال الذي يجب طرحه هنا هو هل يصلح جسم الانسان محلا للعقد ؟ وللاجابة عن هذا يجب ان تعود الى تعريف العقد في الفقه (ارتباط الايجاب بقبول على وجه مشروع) .

ثالثا . السبب

السبب في الالتزام العقدي وثيقة المصلحة بالارادة اذ لا يتصور ان تتحرك الارادة دون سبب ، وقد يقصد بسبب الالتزام الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه وهذا هو السبب القصدي فمثلا في عقد البيع يكون السبب القصدي للبائع هو الحصول على الثمن والسبب القصدي للمشتري هو الحصول على المبيع والسبب بهذا المعنى واحد لايتغير في النوع الواحد من العقود ، فهو عنصر موضوعي نبحث عنه داخل العقد ، ولكن قد يفهم السبب بمعنى اخر ، بانه الباعث الدافع الى التعاقد ،

---

[32] قال تعالى في سورة الانسان ٢١ (انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج نبتليه) والامشاج هي الخلاط وهذا يدل على اشتراك صاحبة البويضة في تكوين الجنين .

[33] د. عبد المجيد الحكيمود. عبد الباقي البكريود. محمد طه البشير،المصدرالسابق، ص٩٥ .

[34] المادة (١٣٠ فقرة ١) (يلزم ان يكون محل الالتزام غي ممنوع قانونيا ولا مخالف للنظام العام اوالاداب والا كان العقد باطلا)

والباعث الدافع الى التعاقد هو الغرض البعيد وغير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد ، وهذا الباعث يختلف من متعاقد الى اخر حتى في النوع الواحد من العقود اذ هو امر شخصي يتعلق بنوايا الملتزم وخارج عن العقد [35].

والسبب المباشر في عقد اجارة الارحام بالنسبة للمراة التي قبلت شغل رحمها بحمل لحساب الغير هو حصولها على الاجر من الزوجين صاحبا النطفة الامشاج او اسداء خدمة لهما ، وبالنسبة للزوجين صاحبا النطفة الامشاج هو حصولهما على التزام صاحبة الرحم بالحمل لحسابهما عن طريق تطفتيهما الامشاج ومساعدتهما في تحقيق طموحاتهم في الحصول على مولود .

المطلب الثاني

طرفا عقد اجارة الارحام

لكي يكون هناك عقد يجب توافق طرفا العقد وهما المراة صاحبة الرحم والزوجين صاحبا النطفة الامشاج ولغرض تغطية موضوع هذا المطلب لابد من تناول طرفا العقد بشئ من التفصيل :

الطرف الاول:المراة صاحبة الرحم

وهي المراة التي قبلت بكل رضاعا شغل رحمها بحمل لحساب الغير ويشترط فيها ما ياتي .

١ــ ان لا تكون زوجة لرجل اخر تجنبا من احتمال اختلاط الانساب ، ذلك لان المراة لا تكون زوجة لاخر ، ليس لها ان تشغل رحمها بحمل من غير مالك متعتها ، ذلك بان الحمل لحساب الغير فب الرحم المؤجر قد يستقر ويتحقق الهدف من العقد وقد لا يتحقق ، فاذا استقر فقد يرعيه صاحب المتعة زوج صاحبة الرحم مما سوف يثير لاحقا حصول نزاع طويل وان لم يستقر وحملت من مالك المتعة ونسب الى الزوجين صاحبا النطفة الامشاج ، فقد نسب اليهما من ليس منهما .

٢ــ ان لاتكون معتدة من طلاق او وفاة .

٣ــ ان تسمح حالتها الصحية والعمرية بالحمل وهذا يرجع في ذلك الى الخبرة الطبية ، او موافقة ولي الامر اذا كانت دون الثامنة عشر من العمر .

٤ــ اعلام وليها قبل ابرام العقد بحيث يكون على بصيرة وبينة من الامر وفي حالة ما اذا كانت المراة اجنبية وكان محل العقد او تنفيذه الطرف الاخر ، وجب اعلام الممثل الدبلوماسي لدولة الجنسية وفي حالة

---

35 يختلف السبب في العقد عن السبب في الالتزام ، حيث ان السبب في الالتزام لا يتغير في النوع الواحد من العقود ولا يختلف من شخص لاخر انظر د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكر و د. محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ١٠١ .

وجود اكثر من جنسية للمراة او تعدد جنسيتها ، فانه يجب اعلام الممثل التابع لدولة الجنسية التي لها بها موطن [36]، اما اهم التزاماتها فهي المحافظة على الجنين وتسليم المولود .

الطرف الثاني : الزوجين صاحبا النطفة الامشاج

وهما الزوجين اللذين استحال عليهما الانجاب بسبب عدم وجود الرحم او فساده او بسبب حالة العقم او الغرض التوقعي من الامراض الوراثية ويلزم ان يتوفر فيهما الشروط التالية :

١ــ الشروط العامة :

أ ــ ان يكون الرحم المؤجر هو الوسيلة الوحيدة امام الزوجين للتمتع بالبنوة .

ب ــ ان يكون الرضا متحققا من كافة اطراف العقد ، الزوج والزوجة وصاحبة الرحم

٢ــ الشروط الخاصة بالزوجين :

ولكي يحدث الاخصاب لابد من توافر شروط خاصة بالزوج والزوجة .

أ ــ الشروط الواجب توفرها بالزوج

اولا . ان يكون جهازه التناسلي خاليا من كافة العيوب التناسلية المعوقة للانجاب

ثانيا . ان تكون الحيوانات المنوية التي تصل الى فرج زوجته حية وسليمة ومتحركة بنسبة عالية

ب ــ الشروط الواجب توفرها بالزوجة :

اولا . سلامة المبيض والتبويض بصورة منتضمة

ثانيا . انعدام الرحم او عجزه عن الحمل على سبيل الدوام ويجب اثبات ذلك من قبل اهل الخبرة الطبية او وجود امراض في الرحم تكون حائلا دون القيام بدوره في عملية الحمل .

واذ تحققت هذه الشروط فانه سوف يترتب على عقد اجارة الارحام في ذمة الزوجين صاحبا النطفة الامشاج مجموعة من الالتزامات منها التحمل بالنفقات والتعويض عن الاضرار وتسلم المولود والوفاة بالاجر

المبحث الثالث

موقف القوانين واراء الفقهاء

لقد بدات موجة التلقيح الصناعي منذ اسرت (لويز براون) اول طفلة لانابيب اهتمام العالم يوم ٢٥ يوليو عام ١٩٧٨ ، فليس من الغرابة ان اكثر الناس في اوربا ولمريكا استهدفوا حل مشاكلهم ، ولم يابهوا بحكم الدين في الصورة التي توصلوا بها الى الانجاب ، احلال هي ام حرام ؟ لان هؤلاء لايرعوون عن الحرام ، فهم لا يكادون يلتزمون الدين ، ولا يرجون لله وقارا ..... !!

---

[36] د. عبد الحميد عثمان ، احكام الام البديلة (الرحم الظئر) ، دار النهضة العربية ، النسخة ٢٠٠١ ، ١٠٣ .

ومنذ ظهور التلقيح الصناعي في الربع الاخير من القرن العشرين ، وعلماء المسلمين واطباؤهم يعقدون المؤتمرات والمنتديات ، ليتدارسوا حكم الله في مثل هذه المستحدثات وقد انتهوا في الثمانينيات من القرن العشرين الى ان التلقيح اذا كان بين الزوجين فهو حلال ، وما دخل فيه طرف ثالث فهو حرام .

والغرض بيان الموقف من عقد تاجير الارحام لابد من بيان موقف الفقه القانوني وموقف التشريعات المقارنة وموقفه القضاء ثم موقف فقهاء الشريعة الاسلامية الاسلامية ولذلك سوف نفرد مطلبا لكل منهما .

المطلب الاول

موقف الفقه القانوني من تاجير الارحام

اشتد الخلاف وتباينت الاراء حول تاجير الارحام وهذا الخلاف انقسم الى رايين

الراي الاول : ويتبناه دعاة الحرية الفردية ، وهم يؤيدون بشدة نظام تاجير الارحام حرصا على مساعدة امراة عقيمة وذلك بحصولها على ولد [37].هذا ويدعم اصحاب هذا الراي وجهة نظرهم بالاتي :

١ــ ان تاجير الارحام اسلوب ونظام معروف فيالانجاب منذ الاف السنين ، فلقد وردت قصة في التوراة تحكي ان السيدة (سارة) زوجة سيدنا (ابراهيم) الخليل حينما عجزت عن الانجاب لشيخوختها وعقمها ، قدمت جاريتها (هاجر) المصرية لزوجها فتزوجها فانجبت له سيدنا اسماعيل عليه السلام وهو ما حدث لـــ (رشال) زوجة نبي الله يعقوب عليه السلام حيث كانت رشال لا تنجب فقالت له ان ياتي خادمتها (بيلا) فربما تصبح هي اما عن طريقها ، وبناء عليه فان تاجير الارحام عملية تضرب بجذورها في اعماق التاريخ الديني .

٢ــ ان مسالة تاجير الارحام هي مسالة اخلاقية في الاساس والقانون لم ينشا لكي يتدخل في اخلاق الافراد وبالتالي ، لايتصور ان نطلب من المشرع ان يضع حلا لنا يتوج في لغة الضمير الطبي .

هذا الراي يحتوي على مغالطة كبيرة من جانبين :

الاول : ان القصص التي اشاروا اليها لا تمثل بحال تاجير الارحام ، ذلك لان السيدة (هاجر) لم تنجب باسم السيدة (سارة) وانما انجبت بعد زواجها من سيدنا ابراهيم عليه السلام باسمها .

الثاني : ان القول بان تاجير الارحام مسالة اخلاق لاشان للقانون بها غير دقيق وذلك لان عقد تاجير الارحام متعلق بحياة الاشخاص ودعاوى الحالة من النظام العام وكذلك الزنا ولذلك حرمت من قبل المشرعين ، اظافة الى انه يجب ان لايظل شيء بعيدا عن تنظيم القانون والا عمت الفوضى وساد الاضطراب .

---

[37] ويرى البعض من الفقه الفرنسي ـ المؤيد لتاجير الارحام ـ انه يصعب ادانة هذا النظام في مجموعة ، نظرا لان الزوجين اللذين يعانون من العقم يعلمون تماما حالة الامومة لحساب الغير التي وردت في التوراة : انظر د. محمد المرسي زهرة ، النجاب الصناعي واحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، دراسة مقارنة ، الكويت ، سنة ١٩٩٢ ، ص١٧٣ ، هامش رقم (٢)

الراي الثاني : يذهب انصار هذا الراي الى القول بان تاجير الارحام يعد عملا غير مشروع وان العقود التي ابرمت في هذا الشان تعتبر عقود باطلة بطلانا مطلقا .

لما اهم الحجج التي يستند اليها اصحاب هذا الراي فهي :

١. ان تاجير الارحام منافي لفكرة الامومة ، فالامومة مسؤلية وتبدا من اللحظة الاولى للحمل وتستمر حتى الانتهاء من رعاية الطفل وتربيته وتعليمه وان تاجير الارحام تصرف شاذ لن تجده في اكثر الحيوانات قسوة ولا في اقلهن نخوه .

٢. ان تاجير الارحام يؤدي الى جعل الام صاحبة الرحم المستاجر كموظفة مؤقته لانجاب طفل .

٣. ان هذا العقد يتعارض مع مصالح الطفل ويسبب له الآما نفسية واجتماعية واول هذه المشاكل هي الهجر او الترك . اظافة الى ان مصير الطفل والحاقه باسرة معينة قد يكون غير مؤكد بل قد يكون محلا للنزاع بين الام (الحاملة) والام صاحبة البويضة ، فقد تمتنع الام الحاملة عن تسليمه او رده الى الزوجين صاحبا النطفة الامشاج .

٤. ان هذه العقود باطلة بطلانا مطلقا ، ايا كان تكيفها ، ولغرض عدم مشروعية المحل والسبب وذلك لعدم توفر الشروط الواجبة فيهما [٣٨].

المطلب الثاني

موقف التشريعات المقارنة

في المملكة المتحدة اوصت لجنة (وارنوك) بالمملكة المتحدة ان كل الاتفاقات الخاصة بالحمل عن طريق تاجير الارحام اتفاقات غير قانونية ، ولا يمكن تنفيذها عن طريق الحاكم [٣٩].

في المانيا هناك معارضة لجميع اشكال الامومة البديلة كما عبر عن ذلك تقرير لجنة (بيندا) ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات او بالغرامة كل من يجري او يمارس هذا العقد [٤٠].

في فرنسا بينت اللجة الاستشارية الوطنية للاخلاق في فرنسا ان العقد غير قانوني ولا اثر له في ظل الحالة الراهنة للقانون الفرنسي .

---

[38] د. محمد المرسي زهرة ، المصدر السابق ، ص١٦٥ هامش رقم (٢) .

[39] ومن الاتفاقات المجرمة ، افعال التحريض والاتفاق والمساعدة والاعلان وخلافه الا ان المشرع لم يجرم النشاط ذاته اذ تم على سبيل التبرع اما المنع فهو اذا انصب مع سبيل النشاط بمقابل انظر د. محمود عبد الرحيم ، الاحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة ، مكتبة النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ / ص ٦١٨ .

[40] المادة الاولى من القانون الالماني الصادر عام ١٩٩٠ ولم يستثني المشروع الالماني من ذلك سوى امراة صاحبة الرحم حيث لا تخضع لهذه العقوبة خاصة اذا رغبت في الاحتفاظ بالمولود بعد ولادتها له .

كما بين في القانون الصادر في ٢٩ يوليو سنة ١٩٩٤ بموجب المادة الرابعة (فقرة ٣ ــ ٤) من قانون العقوبات بانه جرم فيها الوساطة في عمليات الانجاب .

في اسبانيا نص على بطلان العقد بموجب المادة العاشرة من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨ في الولايات المتحدة الامريكية نص على بطلان العقد وعاقي عليه بالحبس سنة وغرامة مئة الف فرنك .

اما غيما يتعلق بالقانون الخاص بالولايات المتحدة الامريكية فان التشريعات فيها تختلف باختلاف الولايات .

فهناك ولايات مثل (كنتاكي ، نيويورك ، نيفادا ، واركونسيس) تهتبر الوسيلة وشروعة وقد راى المشرع في هذه الولايات ان من حق الزوجين اللذان يسعيان للحصول على طفل بهذه الطريقة وهناك ولايات اخرى مثل (انديانا ، ونيوجرسي ، ولويزان ، وفلوريدا) تحضر هذا النشاط بل حتى مكاتب الوساطة وتعتمد على انه يجب احترام شخصية المراة ومعاملتها كانسانة لا كحضانة او وعاء للانجاب .

اما في ايطاليا فان المادة ١٣٤٣ من القانون المدني الايطالي تقضي ببطلان كل عقد يتعلق بالتصرف في جسم الانسان بما يخالف القانون والاداب العامة والنظام العام وسار على النهج نفسه القانون المدني البلجيكي في المادة ١١٣١ .

المطلب الثالث

موقف القضاء من تاجير الارحام

طرحت قضية تاجير الارحام على ساحة القضاء الفرنسي والامريكي ولذا من الواجب ان اعرض بعض التطبيقات القضائية .

الفرع الاول

موقف القضاء الفرنسي

تباينت موقف القضاء الفرنسي بين مؤيد ومعارض لهذه الوسيلة :

١ــ الاحكام المؤيدة لهذه الوسيلة :

آ ــ قضت محكمة aixen في الخامس من ديسمبر عام ١٩٨٤ لزوجة الاب البيولوجي بالتبني البسيط ، حيث كانت هذه الزوجة تعاني من العقم [41] .

---

41 العقم عرف بانه عدم قدرة المراة او الرجل على الانجاب ن وذلك بسبب تعطيل احد الجهازينالانثوي عند الانثى والذكري عند الذكر او كليهما ، لعلة او لمرض او تلف .

فاتفقت مع اختها على ان تلقح صناعيا من نطفة زوج الاولى ، وولدت طفلة في الخامس من يناير سنة ١٩٨٢ م ، حيث اقرت به امه ــ الام الحامل في ١٣ / ١/ ١٩٨٢ . وفي سنة ١٩٨٤ قدمت الزوجة طلبا للتبني الكامل لطفل زوجها امام المحكمة الابتدائية ، وكان ذلك اول طلب من هذا النوع ، ترددت المحكمة بين الحكم بالتبني حرصا على مصالح الطفل وبين ادانة الوسيلة ذاتها ورات ان تتخذ موقفا وسطا فقضت بالتبني البسيط حرصا على مصالح الطفل ويلاحظ هنا ، ان المحكمة اعترفت باثار هذه العملية دون ان تعترض على الوسيلة ، ولا حتى الاتفاق ذاته من حيث الصحة والبطلان .

ب ــ حكم استئناف محكمة باريس في ١٥ / ٥ / ١٩٩٠

في قضية ملخصها قيام زوج (رجل وامراة) في زواج شرعي بتوقيع اتفاق مع امراة امريكية لتحمل لحسابها ، وبعد الولادة عام ١٩٨٧ طلبت الزوجة التبني التام للطفل ، فرفضت محكمة اول درجة طلبها على اساس مخالفة الاتفاق المسمى بالحمل بالانابة للنظام العام الفرنسي فطعن في الحكم امام محكمة استئناف باريس وانتهت المحكمة الى ان الحمل بالانابة لا يتعارض مع النظام العام ولا مع مبدا حضر التصرف في حالة الاشخاص ، اذ ان من حق الزوجين العقيمين ان يكونا اسرة بالانجاب وهذا حق طبيعي لهم .

كما ان المحكمة قد اكدت بان الاتفاقات المتعلقة بالجسم البشري اصبح مسموحا بها من الان فصاعدا ، ولما كان الحمل بالانابة (تاجير الارحام) لغير اغراض التجارة فانه لا يتعارض مع المنطق الفرنسي للنظام العام الدولي ، ومع ذلك فان هناك احكام معارضة لعقد تاجير الارحام منها حكم محكمة استئناف باي (pau) وحكم محكمة النقض في ٣١ / ٥ / ١٩٩١ [٤٢] .

الفرع الثاني

موقف القضاء الامريكي

في قضية تدور وقائعها حول (cristina calvert) كريستين كلافيرات والتي تعاني من عيوب بالرحم وزوجها مارك كلافيرات (mark calvert) واللذان لم ينجحا في علاج حالة عدم الانجاب لديهما مما ادى الى قيام كريستين الى ابرام اتفاق مع زميلتها في العمل وهي السيدة (آن جونسون) على ان تحمل بدلا منها وترد الطفل بعد ولادته وبالفعل تم زرع بويضة مخصبة من كريستين وزوجها في رحم السيدة آن ، وتم الحمل بعد الولادة رغبت السيدة آن في الاحتفاظ بالطفل واصرت كريستين وزوجها مارك على استرداد طفلها ، عرض النزاع على محكمة orang بكليفورنيا واستندت الام المستاجرة في حقها بالاحتفاظ بالطفل نتيجة علاقة عادية بينهما وبين زوجها ، وبعد ان تاكدت المحكمة من الابوة البيولوجية قضت بحقها في ضم الطفل اليهما ورفضت طلب الام المستاجره .

---

[42] د. حسين محمود عبد الدايم ، عقد اجارة الارحام بين الحظر والاباحة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٦ ،ص ١٨٨ .

المطلب الرابع

اراء الفقهاء المسلمين

ان البيولوجية الطبية بفضل التقدم العلمي ، اصبحت اكثر فعالية عما كان عليه الطب التقليدي ، كما انها اضحت اكثر قدرة واعظم خطرا ، بل ان الاكتشافات الحديثة التي خرجت عن محيط المبادئ التقليدية للتولد في ظل نظام اجتماعي سائد ــ هذه الاكتشافات الحديثة لو تركت دون ضابط فانها ستؤدي الى تغيير الاعراف والافكار والاخلاق التى تجب ان يتسلح الفقهاء لمواجهتها بحكمها الشرعي ، كي لا تتعدى حدودها فتصطدم بسنة الله .

ان للبحث العلمي شطحات وهفوات قد لا تنسجم ولا تتناسب مع الاهداف العامة للشريعة وعليه يجب تمحيص مكتسبات العلم الحديث على ضوء القواعد التى وضعها صاحب الشرع ،العليم بامور مخلوقاته وان لا تكون هذه التطورات العملية مناقضة لاحكام شريعتنا السمحاء صحيح ان باب الاجتهاد مفتوح في القاضيا التي ليس فيها نصوص صريحة

ان علماء الشريعة والاطباء قد ناقشوا القضية بامعان في الثمانينيات من القرن العشرين في فتاويهم ومؤتمراتهم ، وهي تلك الحالة التى اطلقوا عليها تسميات مختلفة مثل (الرحم الظئر) و (شتل الجنين) و (الام البديلة) و (الام الحاضنة) و (الحل في رحم الغير) بل بعضهم سماها (تاجير الارحام) ولغرض بيان موقف علماء الشريعة الاسلامية لابد من بيان اساليب التلقيح الصناعي وتتوزع على سبعة طرق :

الطريقة الاولى : ان يجري تلقيح بين نطفة ماخوذة من زوج وبيضة ماخوذة من امراة ليست زوجته ، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته .

الطريقة الثانية : ان يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة .

الطريقة الثالثة : ان يجري تلقيح خارجي بين مني من الزوج ، وبيضة ماخوذة من الزوجة ثم تزرع اللقيحة في رحم امراة متطوعة بحملها .

الطريقة الرابعة :ان يجري تلقيح خارجي بين نطفة من رجل اجنبي وبيضة امراة اجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

الطريقة الخامسة : ان يجري تلقيح خارجي بين نطفة الزوج وبيضة من الزوجة ، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الاخرى لهذا الزوج .

الطريقة السادسة : ان تؤخذ نطفة من الزوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجا ، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

الطريقة السابعة : ان تؤخذ نطفة الزوج ، وتحقن في الموضع المناسب لرحم زوجته فالراي الشرعي الذي قرره مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث في عمان من ٨ ــ ١٢ صفر سنة ١٤٠٧ هـ عام ١٩٨٦ م بشان طرق التلقيح الصناعي بان جميع الطرق محرمة شرعا عدا الطريقتان السادسة والسابعة [٤٣]

اما مجمع الفقه بمكة المكرمة عام ١٩٨٤ م فقد افتى بقوله (ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصور الجائزة شرعا ومن احتمال اختلاط النطفة او اللقائح في اوعية الاختبار ، ولا سيما اذا كثرت ممارسته وشاعت ، فان مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم الا يلجاوا الى ممارسته الا في حالة الضرورة القصوى [٤٤]

ولغرض بيان اراء الفقهاء فان الغالب منهم رجح الى تحريمه تحريما مطلقا ، ومنها الفتاوى الرشيدة التي قالها وافتى بها الامام الاكبر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق وفضيلة الدكتور يوسف القرضاوي فضلا عن مجلس المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة ،وقد كان المجمع في هذه الدورة قد افتى بجواز ان تؤخذ النطفة والبيضة من زوجين ..... ثم تزرع اللقيمة في رحم الزوجة الاخرى للزوج نفسه ، حيث تتطوع بمحض اختيارها ، ثم عاد المجمع وسحب هذه الاجازة بعد عام واحد ، بل ان كنيسة الاسكندرية اجازت عام ١٩٨٩ م نقل البيضة الملقحة الى رحم صديقة للاسرة ، ثم عادت وسحبت هذه الاجازة بعد اقل من عامين [٤٥].

اما مجلس مجمع البحوث الاسلامية بمصر ، الذي افتى اخيرا (بحرمة استخدام رحم امراة اجنبية لوضع ماء زوجين في رحمها ، سواء كان الموضوع في رحم تلك المراة منيا ام بيضة ، ام جنينا [٤٦]

وذلك للاسباب التالية :

١ــ ان الانسان لايملك عين رحم زوجته ولكن الزوج يملك الانتفاع به ولا يملك نقل هذا الحق لغيره .كما لايصلح جسم الانسان ان يكون محلا للعقد لان الصل في الادمي ان يملك لا ان يملك فالانسان ادمي مكرم مصون عن الابتذال وهو ارفع واعلى ان يكون حملا للتبادل المبتذل والتعامل بين الناس كحال السلع .

---

[43] قرارات وتوصيات الدورة الثالثة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقدة في عمان ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م والمنشوة ضمن اعمال ندوة الانجاب في ضوء الاسلام ، ص٤٧٧ ، ص٤٨٢ .

[44] كما صدرت فتاوى شرعية تقف الامور عند نصابها العادل ، ومن ابرز الفتاوى ، فتوى الامام الاكبر شيخ جامع الازهر الشيخ (محمود شلتوت) قال فيها (اذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الانسانية الفاضلة)

[45] د. يوسف عبد الرحمن الفرت ، قضايا فقهية معاصرة ، دار الفكر العربي /٢٠٠٤ ص١٨ .

[46] في جلسته المنعقدة يوم الخميس الموافق ٢٩ / ٣ / ٢٠٠١ / وقد افتى في الجلسة نفسها (بان وضع ماء الزوج في رحم زوجته بعد وفاته حرام شرعا .... لانها لم تصبح امراة المتوفي .....)

٢ــ ان الاصل في الفروج والارحام هو التحريم والحظر فلا يجوز استعمالها الا بعقد النكاح الذي شرعه لانجاب الذريه الشرعية ، ولا يجوز لاي انسان ان يستعملها بغير هذه الوسيلة والدليل من كتاب الله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة) [٤٧]

اما عن قياس الرحم المستاجة على الرضاعة اي ان اباحة الرضاعة يعني اجارة الارحام وهذا غير صحيح وذلك لاختلاف احدهما عن الاخر ومنها :

١ــ ان اللقيحة تتاثر بالهرمونات والمواد الغذائية والمشاعر وكذلك البيئة ، اي ان اللقيمة تتاثر تاثر واضحا بالبيئة المحيطة بها اما الطفل الرضيع فانه لايتاثر الا بالمواد الغذائية وربما المشاعر .

٢ــ ان التغذية في حالة الحمل منذ البداية ، اما في الرضاعة فبعد الولادة .

٣ــ ان شبهة اختلاط الانساب لاتوجد في الرضاعة ولكنها موجودة في حالة الرحم المستاجرة

٤ــ المرضع ترضع طفلا معروف النسب ومن الممكن ان تتوقف عن ارضاعه بناء على طلبها او طلب الام الاصلية عند شعورها باي خطر اما في الحمل فلا يمكن للحامل ان تتوقف عن الحمل وهوفي بطنها بارادتها او برغبة غيرها [٤٨] .

الخاتمة

بعد ان انتهينا وبتوفيق من الله بحثنا عقد اجارة الارحام نستطيع ان نلخص في هذه الخاتمة اهم النتائج التي توصلنا اليها :

١. ان عقد اجارة الارحام هو عبارة عن عقد تتعهد بمقتضاه امراة بشغل رحمها بعوض او بدون عوض بحمل ناشئ عن نطفة امشاج مخصبة صناعيا لزوجين استحال عليهما الانجاب لوجود عيب او فساد في رحم الزوجة .

٢. لعقد اجارة الارحام ولن يشابه مع بعض العقود كعقد الايجار والوديعة الا انه يختلف عن تلك العقود من حيث الاحكام الخاصة .

٣. اما بالنسبة لمشروعية عقد اجارة الارحام فقد اختلفت الاراء حوله وانقسم الى ثلاثة اقوال :

آ. القول بالجواز مطلقا اي جواز نقل حيوان منوي لزوج ونقل بويضة زوجته الى رحم امراة اخرى اجنبية او زوجة اخرى للزوج صاحب الحيوان المنوي للحصول على ولد .

ب. القول بالحرمة مطلقا اي تحريم زرع بويضة ملقحة من امراة بحيوان منوي من زوجها في رحم امراة اجنبية او زوجة اخرى حتى تلد

---

[47] سورة النساء الاية / ٣ .

[48] محمودغريب الشربيني ، المصدر السابق ،ص ٨٩ .

ج . القول بالتفريق بين ما اذا كان الرحم المؤجر لزوجة اخرى (ضرة للزوجة الاولى) وبين ما اذا كان الرحم المؤجر لزوجة اجنبية حيث قالوا بصحة العقد وجوازه في الاولى والحرمة في الثانية .

٤. يرتب عقد اجارة الارحام سواء كان على سبيل التبرع او المعاوضة التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه ، فيلتزم الزوجين صاحبا النطفة الامشاج بالاتي :

آ . ان يتحملوا النفقات .

ب . التعويض عن الاضرار .

جـ . تسلم المولود

ء . الوفاء بالاجرة .

وتلتزم صاحبة الرحم المشغول بالحمل لحساب الغير بالاتي :

آ . المحافظة على الجنين .

ب . تسليم المولود .

٥. وينقضي عقد اجارة الارحام في الحالات التالية :

آ . خروج الجنين حيا او ميتا .

ب . موت المراة صاحبة الرحم المؤجرة خلال فترة الحمل .

جـ . انقضاء اقصى مدة للحمل وهي سنة هجرية او ٣٥٧ يوما بحساب الشهور الشمسية تبدا من تاريخ استدخال النطفة الامشاج الى الرحم .

٦. لا يمكن ان نقول انه بالامكان بولادة تشريع ينظم هذه المسالة وذلك انه لو كان فيه خيرا او مصلحة للمجتمع لشرع له رب العالمين .

٧. ان اباحة هذا العقد سوف يؤدي الى وجود نسل غير شرعي لايعرفون اباءهم ولا يتذوقون طعم الحنان والعاطفة من الاباء والامهات غير الشرعيين ويؤدي الى خراب المجتمع ودماره وتشتيته وفي النهاية فاني ارجوالله ان اكون قد وفقت في غايتي وقصدي ولا ادعي ان عملي هذا مجرد من النقص ذلك ان الموضوع حديث جدا وظهر في عالم بعيد وغريب عن عالمنا ومجتمعنا الاسلامي ولكن ليس من الغرابة دراسته وبيان ما هيته ورصد مخاطره فان كنت قد اصبت فمن الله وان كانت الاخرى فمن نفسي .

د . ابراهيم صالح عطية حسن

قسم القانون الخاص

المصادر

١. الشيخ محمد ابو زهرة ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، القاهرة ، دار الفكر العربي سنة ١٩٦٧ .

٢. د.جميل الشرقاوي ،المفيد في مصادر الالتزام ، المصادر الارادية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٥ .

٣. د. جعفر الفضلي ، الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات الايجارية في ضوء قانون العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ ، وزارة العدل ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، سنة ، ١٩٨٤ .

٤. حسين محمود عبد الدايم ، عقد اجارة الارحام بين الحظر والاباحة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة ٢٠٠٦ .

٥. د.محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،سنة ١٩٩٢

٦. د.عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مطبعة السنهوري ، بغداد ، سنة ٢٠٠٨ .

٧. عبد الرزاق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ،مطبعة الفجر الجديد ، القاهرة ، سنة ١٩٨٣ .

٨. د. عبد الودود يحيى ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .

٩. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٧ ، سنة ١٩٦٤ .

١٠.د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقو المسماة ، عقد الايجار ، مطبعة بغداد، سنة ١٩٧٤

١١. د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، العقود المسماة ، عقد الايجار ، المكتبة القانونية ، بغداد ، سنة ٢٠٠٧ .

١٢. محمود غريب الشربيني ، تاجير الارحام حلال ام حرام ،مكتبة الايمان بالمنصورة ، سنة ٢٠٠٠ .

١٣. د.زياد احمد سلامة ، اطفال الانابيب بين العلم والشريعة ن مكتبة القاهرة سنة ٢٠٠١ .

١٤. د. كارم السيد غنيم ، الاستنساخ والانجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، دار الفكر العربي ، سنة ١٩٨٨ .

١٥ . د.عبد الحميد عثمان ، احكام الام البديلة (الرحم الظئر ،دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١ ،

١٦. د. محمد المرسي زهرة ، الانجاب الصناعي ولحكامه القانونية وحدوده الشرعية ، دراسة مقارنة ، الكويت ، سنة ١٩٩٢ .

١٧ . د.محمود عبد الرحيم ، الاحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة ن مكتبة النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ .

١٨. د. يوسف عبد الرحمن الفرت ، قضايا فقهية معاصرة ، دار الفكر العربي سنة ٢٠٠٤