Issn;2602-6163

الإطار القانوني لعقد تأجير الأرحام في ظل القانون الجزائري والقوانين المقارنة

The legal framework for the contract for the lease of wombs under Algerian law and comparative laws

د.منار صبرينة ؛ د. بوقرة خولة

كلية الحقوق جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة

الملخص:

أدى التطور الهائل في مجال العلوم الطبية إلى ظهور ما يعرف بتقنية الحمل بواسطة الغير أو ما يعرف بتأجير الأرحام و الذي تتم فيه عملية التناسل باستخدام التكنولوجيا الحديثة، التي لجأ إليها الأطباء رغبة منهم في معالجة حالات العقم، وتحقيق حلم الأبوة والأمومة الذي لم يكن متاحا للكثير من الأزواج بالسبيل الطبيعي، وقد شهد العالم جدلا واسعا ومتعدد الأبعاد حول قضية إجارة الأرحام، وقد اختلفت الدول فيما بينها فالبعض سمح بها والبعض الآخر رفضتها لاعتبارات متعددة، وقد اختلف الفقهاء أيضا حول هذه القضية فالبعض رأى إباحة هذه الوسيلة للإنجاب باعتبارها تحقق أمنية الأسر المحرومة ولإعتبار الرحم مجرد وعاء حاضن للطفل، وفريق آخر رفض هذه الوسيلة بصورة قاطعة لكونها تخالف أهم مبادئ الشرع والقانون.

الكلمات المفتاحية : تأجير رحم ، أم ، جنين ، عقد ، تقنية ، بويضة ملقحة.

Le cadre juridique du contrat de location de l’utérus à la lumière du droit algérien et des droits comparés

Résumé

Les sciences médicales connaissent une évolution stupéfiante, notamment dans le domaine de la génécologie et plus particulièrement en ce qui concerne la technique de la mère porteuse ou de la location de l'utérus. Selon cette technique, la procréation est assistée par la technologie moderne afin de traiter la stérilité et de réaliser le rêve de nombreux couples de voir leur progéniture. Le monde contemporain connaît une polémique multidimensionnelle sur la location de l’utérus, tolérable dans certains pays et interdite dans d’autres, pour des raisons diverses. La doctrine est également divisée en ce qui concerne cette question; certains considère cette technique comme un moyen acceptable de réaliser les souhaits des couples privés de la parenté, car l’utérus n’est que le contenant de l’enfant. Cependant, une autre partie rejette absolument ce moyen car cela va à l’encontre des grands principes des lois positives et religieuses.

Mots-clés : Surrogacy, mère, embryon, contrat, technique, ovule fécondé.

مقدمة : إن العالم اليوم يعاني من اضطرابات في توازنه، واهتزاز في قيمه الأخلاقية والأدبية وخلل في أنظمته الاجتماعية، بسبب التعدي على حدود الله والتصادم مع السنن الكونية، ووضع التطور والتكنولوجيا والإبداع مكان النظام الإلهي، وخير دليل ما توصل إليه الغرب من تكنولوجيا الاستنساخ واللعب بالصبغيات الوراثية، وما يسعون إليه في الوصول إلى إنجاح الاستنساخ البشري الذي قد يترتب عليه عواقب وخيمة، تنعكس بآثاره السلبية على الحياة البشرية .

Issn;2602-6163

إن الأمومة غريزة إنسانية قوية، خلقها البارئ عز وجل في نفس المرأة، وحرمانها من ثمار هذه الغريزة يشكل عذابا نفسيا قاسيا لها، ويوقعها في حرج وضيق شديدين، ويلحق بها ألما وضررا والألم النفسي يكون أحيانا أبلغ من الضرر المادي، بل أشد إيلاما منه، فمن نعم الله عز وجل على الإنسان أن يمنحه الذرية، لآن الأولاد هدف كل زواج، وحاجة مشروعة وغرض مقصود لكل من الزوجين، فهم الذين يمنحون الدفء والسعادة للحياة الزوجية، وللإنسان أن يطلب ذلك بكل وسيلة شرعية ممكنة، وقد تواضع الناس على أن عملية الإنجاب في سيرها الفطري والشرعي تبدأ من التقاء عضوي التناسل بين الزوجين، فيعلق حيوان الزوج المنوي ببويضة زوجته أمشاجا في رحمها، في ذلك القرار المكين، لتنمو خلايا عدة مراحل، وينفخ فيها الروح حتى تنتهي عملية الحمل بالولادة بإذن الله تعالى، وقد استطاع العلم وتقنيات الإنجاب في الآونة الأخيرة أن يخطو خطوات سريعة في مجال معالجة العقم، بحيث تنجب المرأة من غير الطريق الطبيعي .

بدأ عهد جديد في إحداث طرق جديدة للاستيلاد، ومنها طريقة الرحم المستأجر أو الأم البديلة والتي تستخدم لحل بعض مشاكل عدم الإنجاب، فأصبحت هذه الطريقة خيارا جديدا للحصول على الأطفال والتي لم تكن معروفة فيما مضى، وفي منتصف السبعينات اهتدى العلماء إليها عندما حصل نقص في عدد الأطفال المتوفرين للتبني في الغرب، والأم البديلة أو الرحم المستأجر هو استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة وغالبا يكونان زوجين وتحمل الجنين وتضعه، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولدا قانونيا لهما، ويتم هذا الإجراء بعقد بين الطرفين، وبظهور هذه الطريقة في الاستيلاد يمكن أن يقال لأول مرة في العلم أصبحت الأم لا تلد ولدها.

قضية الأم البديلة في الغرب بنيت على أساس أن الغاية تبرر الوسيلة، في حين يتحتم في الإسلام أن تكون الوسيلة شريفة كالغاية الشريفة، لاسيما في مسألة نقاء النسب وحصر العلاقة الجنسية وما يتعلق بالأرحام في دائرة عقد الزواج الشرعي، وكل شيء خارج عن هذه الدائرة فهو مهدور لا شرعية له، إن تقنية الأم البديلة في مجال الطب تساعد المرأة العاقر العاجزة عن الحمل لأسباب معينة، لأجل تحقيق أمومتها وذاتها، فان كان الأمر بهذه الأهمية، فهل هناك حل إسلامي ومخرج شرعي ضمن اجتهادات الباحثين الشرعيين لتحقيق هذا الغرض النبيل للمرأة المحرومة، باعتبار أن الطب في حياة المسلم ينبغي أن يكون محكوما بالشرع، وينبغي على الفقيه المسلم في هذا العصر أن يكون عنده انفتاح شرعي لتقديم الحلول الإسلامية بما يحقق مصلحة شرعية، شريطة اتخاذ الاحتياطات والضوابط الضرورية لحفظ مقاصد الشرع في الحرص على نقاوة الأنساب وعدم اختلاطها، والمحافظة على كرامة بني آدم، حتى لا يتحول الآدمي إلى سلعة للامتهان والابتذال .

Issn;2602-6163

في هذه الدراسة سوف نبين الحكم الشرعي والقانوني في هذه المسألة الطبية، من ناحية الحل والحرمة ومن ناحية الآثار المترتبة عليها، وحيث لا توجد نصوص شرعية وقانونية صريحة يمكن الرجوع إليها في هذا الموضوع، لذا فان القضايا المتعلقة بالأم البديلة تدخل ضمن المسائل الاجتهادية التي لم تتناولها أدلة خاصة بها، لأنها مسائل مستجدة وهي وليدة التقدم العلمي .

إن الهدف من البحث في هذا الموضوع هو الخوض في معالجة آثاره، وأحكامه المترتبة عليه لذلك ارتأينا إلى تعريف الرحم المؤجر – الأم البديلة – وحكمها من الناحية القانونية والشرعية مع إظهار اختلاف الفقهاء مع أدلتهم ونقدها على منهج دراسة الفقه المقارن بين المجيزين والمانعين، هذا بالإضافة إلى تبيان المشكلات والآثار التي تترتب على عملية اللجوء إلى الأم البديلة من حيث النسب والميراث والنفقة والعدة والمشكلات الاجتماعية والنفسية .

وهناك الكثير من الأسئلة التي قد تطرح في هذا الموضوع وتحتاج إلى دراسة وبحث، حتى نصل إلى إجابة دقيقة، نورد منها :

– ما هو الوضع القانوني للأم البديلة في ظل القانون الجزائري والقوانين المقارنة ؟

–ما هي الجزاءات القانونيةالمترتبة على اللجوء إلى عملية تأجير الأرحام ؟

وقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التاريخي من خلال إعطاء نبذة تاريخية عن الأم البديلة بالإضافة إلى المنهج المقارن، وذلك عند دراستنا لظاهرة تأجير الأرحام في مختلف الدول العربية والغربية، والمقارنة بين المجيزين لهذا الأسلوب والمانعين له، وكذا المنهج الاستقرائي من خلال جمع المعلومات واستقصاء الحقائق واستنباط الأفكار وتحليلها، من خلال ما كتب في هذا الموضوع في الكتب والمؤلفات والمقالات والمجلات ، وقد قسمنا بحثنا إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى طبيعة النظام القانوني لعقد تأجير الأرحام، وفي المبحث الثاني إلى موقف القانون المقارن من عقد تأجير الأرحام.

المبحث الأول : طبيعة النظام القانوني لعقد تأجير الأرحام: إن نظام الحمل لحساب الغير جديد على الواقع القانوني، فلم يتوقع الخبراء في علم القانون أن تقوم امرأة بحمل ووضع جنين لحساب امرأة أخرى، فهذا يحتاج إلى التساؤل حول طبيعة هذا النظام ومدى صحته ومشروعيته، فما هي طبيعة هذا النظام من الناحية القانونية ؟ وهل يعتبر عقد صحيح يجمع بين فريقين ؟ إذا كان بين طرفين في بداية العقد مجرد تفاهم على الحقوق والالتزامات التي تترتب على كل من طرفي الاتفاق دون أن يوثقوا هذه البنود في ورقة مكتوبة، فان الإشكالية القانونية ستكون في ماهية الوصف القانوني الذي سيحدد مصير الجنين بعد الولادة، وهل هذا العقد يسمى عقدا ابتدائيا غير ملزم أم هو اتفاق نهائي ؟

إن هذا القول لا يضمن للزوجين حقوقهما التي يهدفان إليها، فعندما ترفض المرأة صاحبة الرحم أن تسلم لهما الطفل بعد الولادة أو تسافر وهي حامل بعيدا عن أصحاب اللقيحة، فانه لا يوجد قانون أو

Issn;2602-6163

مادة قانونية تلزمها بالمنع أو بتنفيذ العقد أو بتقييدها وعدم التنقل بعيدة عن أصحاب اللقيحة بالرغم من أنه من الناحية الواقعية هذه البييضة الملقحة هي ملك للزوجين. فإذا اعتبرنا أن العقد غير قانوني أو غير ملزم فهذا يعني أنهما قد تنازلا عن هذه البييضة الملقحة للمرأة الحامل، وهذا يترتب عليه عدم الملاحقة القانونية إذا أرادت الاحتفاظ بالمولود. ولكن هذا الكلام لا يتفق مع الواقع الحالي لأن عقد إجارة الأرحام (عقد الاجتنان) واقع حقيقي يحتاج أن يضع المشرع له الضوابط و البنود القانونية التي توضح الالتزامات وحقوق كل من الطرفين [1].

المطلب الأول : مدى صحة عقد تأجير الأرحام: نستطيع أن نعرف العقد بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني" مثل البيع الإيجار الهبة والوكالة [2] وعرفه القانون المدني الجزائري بالمادة 54 على أنه : "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" [3]، فلكي ينشأ العقد لابد من وجود التراضي بين طرفيه، فالتراضي هو ركن العقد الأساسي، ويجب أن يكون تراضي الطرفين موجودا حقيقة وأن ينصب هذا التراضي على شيء معين، إذ أن العقد يؤدي إلى إنشاء التزام أو حق، أو تعديل التزام أو نقله أو زواله، لذا يجب أن يكون لهذا الالتزام محل صالح لكي يرد عليه، وهذا هو الشيء المعين الذي ينصب عليه التراضي، على أن تتوافر فيه الشروط القانونية، ويجب أن تكون إرادة كل متعاقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيقها وهذا هو سبب العقد، بناء على ما تقدم، فلكي ينشأ العقد يجب توافر أسسه أو أركانه وهـــــي : التراضي، المحل والسبب [4]، وحتى نكيف عقد تأجير الأرحام في المسار القانوني، علينا أن نقارنه بأحد العقود التي نص عليها القانون والمعروفة باسم العقود المسماة.

الفرع الأول : عقود الأحوال الشخصية

أولا : عقد الزواج: تنص المادة 04 من الأمر 05-02 [5] على أن " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، و يلتقي عقد الزواج مع عقد الاجتنان في بعض الخصائص التي تتعلق به كعقد من حيث الرضائية والفورية والإلزامية، إلا أنهما يتفرقان في الجوهر حيث أن عقد الزواج هو حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة بإباحة المعاشرة الجنسية بينهما ورفع الحرمة الموجبة للحد في فعل الوطء لكي تتحقق الفوائد الرئيسية للزواج وهي التناسل والتعاون وقضاء الشهوة، بينما جوهر عقد الاجتنان يقتصر على شغل رحم المرأة الأيم(الأم البديلة) بحمل ناشئ عن خلية تناسلية كاملة للزوجين (المستجن لهما) وعندئذ فإن هذا العقد لا يحل الاستمتاع بهذه المرأة عن طريق فعل الوطء أو خلافه، ولا يحل اتحاد نصف خليتها التناسلية بنصف الخلية التناسلية للمستجن له لأن الخلية التناسلية المستدخلة إلى رحم الأم البديلة خلية متحدة من شقيها (البييضة والمني) للزوجين غير قابلة للامتزاج بماء آخر. [6]

Issn;2602-6163

ثانيا: عقد التبني: التبني حرمه الإسلام، ولكن هناك بعض الدول أجازت التبني كالقانون الفرنسي، ويمكن أن نشبه عقد الحمل لحساب الغير بالتبني أي نقل النسب من الأم صاحبة الرحم إلى الأم صاحبة البييضة، وإذا كان هذا العقد يؤدي إلى حرمان الطفل من أمه الحقيقية، ولكن هناك مواطن اختلاف مازالت قائمة بين عناصر كل من النظامين، فالطفل المتبنى قد يكون طفل لقيط أو يتيم أو لديه أسرة يريدون التخلص منه فينسبونه لغيره مقابل عوض مالي أو للهروب من شيء، أما طفل إجارة الأرحام فلديه أسرة مختلف فيها ويرد إلى الزوجين بعد ولادته. (7)

الفرع الثاني : العقود المالية

أولا: عقد البيع: تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري (8) على أن: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي" ، من خلال هذه المادة نلاحظ أن عقد البيع عقد يلتزم بموجبه البائع أن يسلم الشيء المبيع إلى المشتري خاليا من العيوب وحسب المواصفات المتفق عليها حسب نص المادة 01/379 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "...فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها..." ففي هذا الأسلوب التعامل اتخذ مفهوم الأشياء التي ليس لها قيمة كالتعامل مع كائن بشري، فان عقد البيع يرد في الأصل على شيء حاضر وليس مستقبلي، بينما في عقد الرحم الضئر الطفل ليس موجودا حاليا بل مستقبلي وغير متعين بمواصفات محددة.

واعتبار أن اللقيحة هي ملك للزوجين، فلا يمكن شراء تنسب ملكيته للمشتري، وإذا اللقيحة بتكونها وتخلقها وأصبحت جنينا انتقلت الملكية للمرأة الحامل، أيضا لا يصح البيع لأن هذا العقد لا يعتبر عقد بيع لأن البيع لا يصح على كائن بشري، فالإنسان ليس مالا يرد عليه التصرف وحتى النطفة لا تعتبر شيئا يرد عليها التصرف فهي كائن حي، وأي عقد يتناول موضوعه كائنا حيا فهو باطل بطلان مطلق ويعتبر تعاملا في أمر مخالف للنظام العام. (9)

ثانيا: عقد الإيجار: عرفت المادة 467 من القانون المدني الجزائري الإيجار بأنه: "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد نقدا أو بتقديم أي عمل آخر. " (10)، حيث أن هناك بعض العناصر المشتركة بين عقد الإيجار وعقد الاجتنان نظرا لخضوعها للأحكام العامة لنظرية العقد، إلا أنهما يفترقان من حيث المحل الذي يرد عليه كل منهما والأداءات المتقابلة ومنها:

أ – محل التزام المؤجر هو تمليك المستأجر منفعة العين المؤجرة، ومن الصعب بلوغ المقصود من ذلك إلا إذا قام الأول بتسليم الثاني هذه العين، بينما محل التزام الأم البديلة في عقد إجارة الأرحام هو شغل رحمها بالحمل لحساب المستجن لهما خلال فترة زمنية معلومة (مدة الحمل). وطالما أن رحم المرأة هو جزء من جسمها فانه لا يدخل في مفهوم الأشياء لأن الأشياء هي ما يجوز تداولها بين

Issn;2602-6163

الأفراد على سبيل تملك الأعيان أو المنافع فضلا عن استحالة تسليم العين للانتفاع بها، فلو افترضنا أن المعقود عليه في هذا العقد هو تمليك منفعة الرحم فانه يستحيل تسليم الرحم منفصلا عن الجسد لاقتضاء المنفعة المقصودة، بالإضافة إلى أن الرحم لا يستقل بعملية حفظ الجنين وغذائه بل تساعده على القيام بذلك أعضاء جسدية أخرى.

ب – أن عقد الإيجار لا يكون إلا معاوضة، بأن يأخذ كل من طرفيه مقابلا لما أعطاه، وإذا خلا عقد تمليك منفعة العين من الأجرة فلا يكون هذا العقد إيجارا بل قد يكون عارية أو غيرها، في حين أن عقد الاجتنان قد يكون معاوضة أو تبرعا، فقد تأخذ الأم البديلة مقابلا لما تقوم به كالإرضاع بأجر وقد لا تتقاضى مثل هذا المقابل بل تتبرع بالحمل لحساب المستجن لهما. (11)

ثالثـــــا: عقد العارية: عرفت المادة 538 من القانون المدني الجزائري العارية بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيء غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال " (12)، من خلال نص المادة نلاحظ أن عقد العارية وعقد الاجتنان يشتركان في الكثير من الخصائص إذا كانا بدون مقابل، إلا أنهما يفترقان في المحل الذي يرد عليه كل منهما، فعقد العارية لا يرد إلا على منفعة الشيء المعار، وعقد الاجتنان يرد على شغل رحم المرأة وهو ليس من الأشياء، ويترتب على ذلك أن الشيء يسلم للمستعير للانتفاع به، في حين أنه يستحيل تسليم الرحم منفصلا عن الجسد للانتفاع به وإعادته في نهاية المدة. (13)

رابعـــــا: عقد الوديعة: عرفت المادة 591 من القانون المدني الجزائري الوديعة بأنها: " عقد يسلم بمقتضاه المودع منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا " ، وتنص المادة 596 من نفس القانون على أنه: "الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، فإذا أتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

على ضوء ما تقدم يتبين أن عقد الوديعة من أقرب العقود المدنية إلى عقد الاجتنان إلا أنهما يفترقان في الآتي:

– إن التزام المودع لديه بالحفظ يرد محله على أشياء منقولة، بينما التزام الأم البديلة بالحفظ يرد محله على كائن حي سواء أصبحت له إنسانيته بالنطفة أم بنفخ الروح، وهذا لا يدخل في مفهوم الأشياء.

– يلتزم المودع لديه في عقد الوديعة بأن يرد عين الشيء المودع في نهاية العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 594 من القانون المدني الجزائري، في حين الأم البديلة في عقد الاجتنان تلتزم بتسليم المولود إلى المستجن لهما في نهاية العقد وهذا ليس عين الشيء المودع ابتداء والذي كان نطفة أمشاج، وأصبحت في نهاية العقد كاملا (14).

كما يمكن أن نطرح سؤالا عما إذا كان عقد الاجتنان تنازلا ؟ هنا التنازل الذي يتحدث عنه القانون هو التنازل عن حق مالي، بينما في عقد الحمل لحساب الغير الحق الذي تتنازل عنه المرأة الحامل هو حق

Issn;2602-6163

غير مالي، فإن كانت الأم هي صاحبة البييضة فلا يوجد تنازل وان كانت الأم هي صاحبة الرحم فان الحق حقها كأم حملت الطفل ولكن هذا التنازل يبقى غير مشروع لوجود حق الطفل في تحديد نسب أمه الحقيقية. إن قياس تنازل المرأة المستأجرة عن حقوقها أي عن وليدها على التنازل عن الميراث مثلا يعتبر قياسا مع الفارق، لأن الحقوق التي تتنازل عنها المرأة الحامل هي حقوق غير مالية فلا تصلح محلا للتنازل، فيعتبر تركا أو هجرا للطفل وليس تنازلا. ومن ناحية أخرى المتنازل لابد أن يتنازل عن حقوق خاصة به ولا يشاركه في ملكيته أحد وفي هذا العقد الحقوق تخص الطفل وحده فلا يحق للأم أن تتنازل عن حقوق غيرها فهذا التنازل لا يراعي فيه مصلحة الولد ويعتبر التنازل باطلا [15].

المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة لعقد الاجتنان: رأينا من خلال استعراض العقود السابقة، بأن عقد الاجتنان يلتقي مع كل منها في بعض الخصائص ويفترق عن كل منها في البعض الآخر، وعلى كل يتضح أن لهذا العقد طبيعة خاصة تميزه عن سائر العقود وان كان لا يخرج في مجمله عن نطاق الأحكام العامة لنظرية العقد، إلا أن جوهره كعقد على شغل رحم الأم البديلة بحمل لحساب المستجن لهما، فهذا الذي يجعله يستقل ببعض الأحكام الخاصة به والتي سوف نتناوله تباعا كالآتي [16] :

الفرع الأول: تكوين عقد الاجتنان: رأينا أن العلاقة القانونية التي تنشأ بين كل من المستجن لهما وبين الأم البديلة يمكن أن تأخذ الصفة التعاقدية، وأطلقنا عليها مسمى "عقد الاجتنان ".

وهذا العقد كغيره من العقود يتوافر على أطراف وأركان نذكرها كالآتي:

أولا: أطراف عقد الاجتنان: إن العقد بصفة عامة هو توافق إرادتين على إحداث أثر معين يرتبه القانون، ويلزم لقيام عقد الاجتنان وجود طرفين يعبران عن إرادتين متوافقتين خاليتين من عيوب الرضا كاملا الأهلية مدركتان لماهية العقد المراد إبرامه، عالمتان بالالتزامات الناشئة عنه.

الطرف الأول: المستجن لهما (الزوج والزوجة): وهما الزوجان اللذان استحال عليهما الإنجاب بسبب عدم وجود الرحم أو فساده ويرغبان في التمتع بالبنوة عن طريق الأم البديلة ويتوافر فيهما الشروط المشتركة، والشروط الخاصة بكل منهما، وهما أيضا أحد أطراف عقد الاجتنان والذي يتم الحمل والوضع لحسابهما [17].

الطرف الثاني: الأم البديلة: وهي المرأة التي تقبل بشغل رحمها بحمل ناشئ عن النطفة الأمشاج للمستجن لها ويتوافر فيها شروط الأم البديلة، وهي أحد طرفي العقد.

ثانيا: أركان عقد الاجتنان: العقد باعتباره توافق إرادتين، أو اقتران الإيجاب والقبول، فان ركنه الأساسي هو الرضا الذي يتم في شأن المعقود عليه (الحمل) موجودا أو معينا أو قابلا للتعيين بدافع تحقيق غاية مشروعة (السبب).

Issn;2602-6163

أ: الرضا : هو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين، الأمر الذي يستلزم توافق إرادتي طرفي العقد، وهو ما يعبر عنه بالرضا أو التراضي، وهو قوام العقد وأساسه فلا وجود للعقد إلا به ولذلك يجب أن يتوافر في الإرادة المعبرة عن التراضي الآتي:

وجود الإرادة لدى كل من طرفي العقد ، أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، أن تكون الإرادة مدركة لماهية عقد الاجتنان وعالمة بالآثار الناشئة عنه ، أن تكون الإرادة متحلية بالجدية ومتخلية عن الهزلية، أن تكون الإرادة منجزة غير معلقة على محض مشيئة صاحبها.

والواقع أن الرضا الذي تتوافر فيه هذه الأمور، أضحى موجودا ولكنه يلزم-فوق ذلك- أن يكون صحيحا وسليما، بأن يتمتع كل من عاقديه بالأهلية اللازمة لإبرامه، كأن يكون كل منهما بالغا لسن الرشد منزها عن عوارض الأهلية وموانعها [18] ، وإذا توافرت الأهلية في العاقدين، وجب أن تأتي الإرادة خالية من كل شائبة أو عيب من غلط وتدليس وإكراه واستغلال وغبن، والتي تجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة صاحب الإرادة المعيبة، غير أن عقد الاجتنان وان كان من الجائز الطعن فيه بعد انعقاده لإبطاله من أحد طرفيه الذي أصاب رضائه عيب من العيوب، إلا أنه في بعض الأحوال يصعب تحقيق ذلك ولا سيما بعد البدء في تنفيذه لأن التنفيذ يبدأ باستدخال النطفة الأمشاج للمستجن لهما في رحم الأم البديلة وإبطال العقد في هذه الحالة يؤدي إلى آثار غير مرغوب فيها تتعلق بحمل الجنين ووضعه طفلا.

ب: المحل: وهو الشيء الذي يلتزم المدين به، وإذا كان المحل بهذا المفهوم يعد ركنا في الالتزام إلا أنه ليس بغريب عن العقد، بمعنى أن محل الالتزام يعتبر في نفس الوقت هو المعقود عليه في العقد الذي ينشئه، والمعقود عليه في عقد الاجتنان هي الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرفيه، فمحل التزام الأم البديلة هو تقديم رحما خاليا وطاهرا، فلا مناص من أن يكون الرحم غير مشغول بحمل وجهازها التناسلي طاهرا من كل معوقات الحمل، بأن تكون غير نفساء أو حائض،ومحل التزام المستجن لهما هو الوفاء بالمقابل المتفق عليه.

ج: السبب: السبب القصدي في عقد الاجتنان بالنسبة للمستجن لهما هو الحصول على التزام الأم البديلة بالحمل لحسابهما جنينا ناشئا عن نطفتيهما الأمشاج، وبالنسبة للأم البديلة هو الحصول على التزام المستجن لهما بالوفاء بمقابل لذلك أو سداد خدمة لهما [19].

الفرع الثاني : التزامات الأم البديلة والمستجن لهما في عقد الاجتنان يكون عقد الاجتنان معاوضة إذا حصلت الأم البديلة على مقابل لما تقوم به لحساب المستجن لهما ويكون تبرعا إذا انعدم المقابل إلا أنه في الحالتين يلقي بالالتزامات على عاتق عاقديه والفارق بينهما يكمن في المعيار الذي يقاس به درجة العناية المطلوبة، وعندئذ فماهي الالتزامات التي تثقل كاهل كل من الأم البديلة والمستجن لهما ؟ هذا ما سنحاول بحثه على التوالي:

Issn;2602-6163

أولا: التزامات الأم البديلة: إن إطلاق مصطلح "الأم البديلة" دون تقييد على أحد أطراف عقد الاجتنان، يفيد أن هذه المرأة قد استوفت كافة الشروط التي تؤهلها للقيام بهذا الأمر، ومن ثمة فانه يقع على عاتقها التزامين رئيسيين هما: المحافظة على الجنين، وتسليم المولود.

1 : المحافظة على الجنين: الالتزام بالمحافظة على الحمل لحساب الغير يقع على عاتق الأم البديلة بمجرد انعقاد عقد الاجتنان وليس من وقت التنفيذ باستدخال الأمشاج إلى الرحم، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، حيث تلتزم هذه المرأة بتقديم جهاز تناسلها خالي من حقوق الغير عليه، بألا يكون حرثا لآخر ولا معتد منه وأن يكون غير مشغول بحمل، وطاهر من الحيض والنفاس، ومن الأمراض المعدية والخبيثة. ويقع على عاتق الأم البديلة الالتزام بكافة تعليمات الجهة الطبية التي تتم عملية الحمل والوضع تحت إشرافها، بالإضافة إلى النصائح العامة التي يسدي بها الأطباء الأخصائيون إلى النساء الحوامل، على سبيل المثال عدم التعرض للأشعة النووية وعدم تناول الأدوية ذات التأثير المباشر على الأجنة، ويجب عليها القيام بما يعود على الحمل بالنفع منها اتخاذ الحذر والاحتياط عند السفر وخاصة عن طريق الجو خلال فترة الحمل. وتلتزم الأم البديلة أيضا بتلبية رغبة المستجن لهما في الخضوع للكشف الطبي الدوري، سواء كان ذلك قبل الشروع في استدخال النطفة أو بعد الاستدخال [20].

الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق غاية: يفرق الفقه القانوني بين الالتزام كوسيلة والالتزام كنتيجة، فالأول يقتصر على قيام المدين ببذل جهد معين في سبيل تحقيق نتيجة محددة، فيكون محل التزامه هو هذا القدر المعين من الجهد فإذا بذله فقد وفى بالتزامه ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وإذا قصر في بذله كان مخلا بالتزامه ومرتكب خطأ يوجب مساءلته عما ترتب عليه من ضرر المدين، أما الثاني- الالتزام بتحقيق نتيجة- هو الذي يكون فيه المدين ملتزما بتحقيق غاية معينة بغض النظر عن الوسائل المؤدية إليها، فالتزام المدين هو تحقيق النتيجة المرجوة بالنسبة للدائن، وعلى ضوء ما تقدم يصبح التزام الأم البديلة ببذل عناية، أي بذل جهود معينة تؤدي في الغالب إلى النتيجة المرجوة، وتبرأ ذمتها بمجرد بذلها هذه الجهود سواء تحققت هذه النتيجة أو تخلفت.

قياس درجة العناية: نجد في نطاق المعاملات المالية تغاير معيار قياس درجة العناية، تبعا لتغاير العقود من حيث الأداءات المتقابلة، فإذا كان كل من طرفي العقد يعطي مقابل أو يأخذ (المعاوضة) قيست هذه العناية بالمعيار الموضوعي، وإذا كان أحدهما يعطي والآخر يأخذ (التبرع) قيست العناية بالمعيار الشخصي [21]، وتطبيقا لذلك فان الأم البديلة التي تأخذ مقابلا لما تقوم به فان درجة عنايتها في حفظ الجنين تقاس بالمعيار الموضوعي (درجة عناية المرأة العادية) حتى لو كانت درجة حفظها لحملها الخالص أقل من ذلك، وأما إذا كانت تقوم بذلك خدمة للمستجن لهما خالية من المقابل المادي،

Issn;2602-6163

حتى ولو كان يعود عليها عائد معنوي فان درجة عنايتها تقاس بالمعيار الشخصي دون أن تكلف في ذلك أزيد من عناية المرأة المعتادة.

عدم جواز أن تحل الأم البديلة غير محلها في حمل الجنين: عقد الاجتنان يعد من عقود الأمانة التي يكون فيها المتعاقد محل اعتبار من المتعاقد الآخر ولذلك فانه لا يجوز للأم البديلة التي تحل غيرها محلها في حمل الجنين لحساب المستجن لهما.

2 : تسليم المولود: عرفنا أن الصلة البيولوجية منقطعة بين الجنين والأم البديلة ومتصلة بينه وبين المستجن لهما ولذلك يجب عليها تسليم نتاج الحمل إلى الأب والأم الذي ينسب لهما، لمن يكون تسليم المولود ومتى وأين يكون ؟

تلتزم الأم البديلة بتسليم المولود إلى المستجن لهما، وفي حالة وفاة أحدهما تسلمه للآخر، وفي حالة وفاتهما يتسلمه الموصى له بذلك، وإذا لم يوجد يتسلمه من هو أقرب إليه درجة من الأحياء، وإذا لم يكن له أقارب إما يودع في إحدى دور تربية الأيتام، وإما تحتفظ به الأم البديلة إذا رغبت في ذلك، ويتم تسليمه إلى ذويه في يوم الميلاد،أو في أقرب وقت يمكن أن يتم فيه ذلك، ومكان التسليم هو محل الميلاد المتفق عليه، وإذا لم يكن هناك اتفاق يكون التسليم في محل التعاقد أو أقرب مكان إليه، وعلى من يخالف ذلك يتحمل نفقات نقله أو الانتقال إليه، ما لم يكن سبب هذه المخالفة أمرا اضطراريا [22].

ثانيا : التزامات المستجن لهما: ينشأ عقد الاجتنان في ذمة المستجن لهما عدة التزامات من أهمها الوفاء بالأجر، تحمل النفقات، تسلم المولود، التعويض عن الأضرار.

1 : الوفاء بالأجر: عقد الاجتنان إذا كان معاوضة يرتب التزاما على عاتق المستجن لهما بالوفاء بالأجر إلى الأم البديلة أو نائبها، وينبغي أن يتم الوفاء في الزمان والمكان المتفق عليهما.

2 :تحمل النفقات: يقع على عاتق المستجن لهما، التحمل لكافة نفقات عملية استدخال النطفة الأمشاج إلى داخل رحم الأم البديلة، وما يلحق من فحوصات طبية دورية خلال فترة الحمل ونفقات عملية وضع المولود، والنفقات الأخرى، وهذا الالتزام يثقل كاهلها حتى لو كان العقد تبرعا.

3 : تسلم المولود: الباعث الدافع على التعاقد لدى المستجن لهما هو الحصول على الولد الذي استحال عليهما الحصول عليه بالطريق الطبيعي، فإذا ما تم الحمل والوضع لحسابهما، التزما بتسلم نتاج الحمل أيا كانت حالته الصحية والجسمانية حتى وان كان مشوها أو به عيوب خلقية، لأنه نتاج نطفتهما الأمشاج ومكتسب صفاتهما الوراثية، وصلته البيولوجية منقطعة بالأم البديلة، ولذلك يجب على المستجن لهما تسلم الولد أيا كانت حالته.

4 : التعويض عن الضرر: يتحمـــــل المستجن لهما التعويض عن الأضرار غير المألوفة التي تلحق الأم البديلة بسبب الجمل [23]، ولا يشترط في قيام هذا الالتزام وقوع خطأ معين لأن هذا التعويض يستند إلى قاعدة تحمل التبعة [24].

Issn;2602-6163

الفرع الثالث : انتهاء عقد الاجتنان: الأصل أن عقد الاجتنان ينتهي وتنقضي التزاماته بتحقق الغرض الذي أبرم من أجله، وينتهي أيضا بأسباب عارضة خاصة تتحقق قبل تحقق الغرض منه :

أولا: سقوط الجنين: السقوط هو خروج الجنين من الرحم ميتا غير مكتمل الأطوار، فإذا ما حدث ذلك انقضى عقد الاجتنان.

ثانيا: موت الأم البديلة: ينتهي عقد الاجتنان وتنقضي التزاماته بموت الأم البديلة سواء كان ذلك قبل تنفيذه باستدخال النطفة الأمشاج في الرحم أو كان بعد ذلك.

ثالثا: انقضاء أقصى مدة للحمل: ينقضي العقد بانقضاء عشرة (10) أشهر من تاريخ استدخال النطفة الأمشاج إلى الرحم الظئر[25].

المطلب الثالث : الآثار المترتبة عن عقد الاجتنان: إن مسألة الأم البديلة باعتبارها طريق غير عادي للتناسل، يثير عدة إشكالات وتساؤلات مختلفة في عدة جوانب، مثلا في مسائل النسب والميراث، النفقة، الحضانة، العدة وغيرها من المسائل الحساسة التي تتصل بالأسرة والمجتمع.

الفرع الأول: النسب: النسب رابطة مقدسة وصلة عظيمة تبنى عليها الأسرة، وبالنظر إلى أهمية النسب وخطورته نجد أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت به ونظمت أحكامه وجعلته محل حماية، وجعلت منه أحد المقاصد الكبرى في الشريعة الإسلامية، وقد واكب القانون الجزائري الفقه الإسلامي في هذه المسائل، حيث نظم أحكام النسب وأحاطها بمجموعة من الضوابط التي تمنع اختلاط الأنساب وتحافظ على العلاقات داخل المجتمع.

ويعتبر النسب أول حق للولد يكتسبه بعد انفصاله عن والدته وهو ما يكفل له نمو اجتماعيا سليما يبعده عن الذل والعار ويحصنه من الضياع، والنسب صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم، والغالب في استعمال كلمة نسب هو نسب الشخص لأبيه، يقول تعالى: "أدعوهم لآبائهم" [26] أي انسبوا الأبناء لآبائهم الحقيقيين [27].

ويثبت النسب بالزواج الصحيح حيث تنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، ومن ثمة فان طلاق الزوجين لا يثبت بمقتضاه النسب، إذا حملت الزوجة وقت وجود زوجها في السجن أو كان مسافرا ففي هذه الحالة لا يثبت نسب الولد لزوجها وذلك راجع لعدم الاتصال بينهما، غير أن ما يعاتب على المشرع هو أنه قد اشترط اتصال الزوجين أي المخالطة الجنسية بينهما لثبوت النسب علما أنه قد نص في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أنه: " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الصناعي..." الذي لا يشترط فيه بل لا يتم فيه اتصال الجنسين خاصة إذا تعلق الأمر بأطفال الأنابيب أو الأم البديلة، فقد نص عليها المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر، وقال بعدم جواز اللجوء إليها.

Issn;2602-6163

وفي حالة ما إذا نفى الزوج الحمل الموجود في رحم زوجته بالطرق المشروعة ففي هذه الحالة فان الولد لا ينسب إليه، ويعني بذلك أن الزوج سوف يتهم الزوجة بارتكاب الزنا وأن الحمل الذي في بطنها جاء نتيجة لعلاقة غير شرعية [28]، غير أن القضاء الجزائري قد قضى في هذه الحالة بأنه ينبغي على الزوج أن يرفع دعوى اللعان بمجرد العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا [29] وبالإضافة إلى ذلك فقد نص المشرع المادة 40 من قانون الأسرة على أنه :" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."، وكما سبق الإشارة إليه في المادة 45 مكرر الفقرة الأخيرة التي نصت على عدم جواز اللجوء إلى الأم البديلة، وبذلك عدم ثبوت النسب في هذه المسألة لذلك وجب علينا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة مصير الابن الذي يلد بهذه الطريقة –الأم البديلة– بناءا على أحكام المادة 222 التي تنص على: " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** " ، ولمعرفة مصير هذا الولد وجب علينا الرجوع إلى الشريعة التي خاضت أكثر في هذه المسألة عكس القانون.

نسب المولود: أن مدار الشرع في هذه المسألة –الأم البديلة– هو ثبوت نسب الطفل في حالة التبرع بالحمل، حيث لا يلزم من كون الفعل محرما ألا نبحث في نسب الطفل، كما بحث العلماء إثبات نسب ولد الزنا مع كون الزنا محرم شرعا.

1- تحديد نسب الطفل من ناحية الأبوة :لتحديد نسب الطفل من ناحية الأبوة نفرق بين أمرين :

الأمر الأول: إذا كانت المرأة المتطوعة بالحمل زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، فقد أفتى علماء الفقه الإسلامي المعاصر بثبوت نسب الطفل لأبيه، وذلك لأن الولد ناشئ من فراش الزوجية لقوله صلى الله عليه وسلم: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**" ، وقد جري قضاء دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض: " أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح، وملك اليمين وما يلحق به من مخالفة بناء على عقد فاسد أو شبيهه، وأن النص على أن الولد للفراش إنما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا بعد ذلك " [30].

الأمر الثاني: إذا كانت المرأة المتطوعة بالحمل ليست زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فننظر :

1- إذا كانت المرأة التي حملت اللقيحة متزوجة، فقد ذهب علماء الفقه الإسلامي إلى القول بثبوت نسب الطفل لزوج المرأة الحاضنة، لأنه صاحب الفراش وله أن ينفيه عنه باللعان، في حين يرى البعض الآخر أنه يجب إجراء الاختبار الوراثي ولا يحتاج إلى لعان.

2- أما إذا كانت المرأة التي حملت اللقيحة غير متزوجة، فللعلماء في ثبوت نسب الطفل في هذه الحالة رأيان:

الرأي الأول: ذهب إلى ثبوت نسب الطفل الذي يولد عن طريق تأجير الأرحام إلى زوج المرأة صاحبة البويضة المخصبة منها، ويستند في تبرير ذلك إلى ما أفتى به فريق من العلماء من صحة

Issn;2602-6163

نسب ولد الزنا إلى الزاني، إذا كانت الزانية غير متزوجة فما دام ثبت النسب من الأم فليثبت من الأب أيضا.

الرأي الثاني: ذهب إلى عدم ثبوت نسب الطفل الذي يولد عن طريق تأجير الأرحام إلى زوج المرأة صاحبة البويضة المخصبة منها، واستدل لذلك بأن الحيوان المنوي لما يوضع في رحم غير الزوجة فذلك من الزنا الصريح، وان عرف أن أباه فلان وأمه فلانة ، إلا أن الشارع ألغى هذه الأبوة لعدم وجود فراش صحيح ينسب الولد إليه، وقد نوقش هذا الدليل بما يلي: القول بعدم ثبوت نسب الطفل إلى زوج المرأة صاحبة البويضة المخصبة منها لعدم وجود فراش صحيح ينسب الولد إليه غير مسلم، وذلك لعدم وجود منازعة بين صاحب حق (الزوج) آخر صاحب عهر (الزاني) بل هناك ولد ليس له نسب جاء من يدعي أنه من مائه ولكن بطريق فيه معنى الزنا فالحاقة بمن يدعيه أولى ، و إذا كان البعض قد ذهبوا إلى القول بثبوت ولد الزنا إلى الزاني حقيقة ، فثبوته في حالة الأم البديلة من باب أولى ، إذ أنه ليس بزنا حقيقة وإنما فيه معنى الزنا [31].

2- تحديد نسب الطفل من ناحية الأمومة: للعلماء في تحديد نسب الطفل من ناحية الأمومة ثلاثة آراء :

الرأي الأول: ذهب إلى ثبوت نسب الطفل لصاحبة البويضة المخصبة وزوجها، وقد استدل ب أن التشكيل الوراثي للجنين يكون للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، في حين تقتصر العلاقة بين الطفل والمرأة صاحبة الرحم البديلة على إمداده بالأكسجين والمتطلبات الغذائية اللازمة له من الأمشاج الرحمية، حيث يؤكد علماء الطب احتواء الحيوان المنوي على نصف عدد الكروموزومات التي تحمل الصفات الوراثية الموجودة في أي خلية جسدية أخرى وكذلك احتواء البويضة على نصف عدد الكروموزومات[32]، وعند تكون النطفة الأمشاج يكتمل عدد الكروموزومات الحاملة للصفات الوراثية من الأب والأم بالتساوي، لذا فان كان لابد من إثبات نسب لهذا الطفل فلينسب إلى أبيه وأمه الثابتين علميا (صاحبة البويضة المخصبة) .

وقد نوقش هذا الدليل على أن هذا القول غير مسلم، وذلك لما أثبته الطب الحديث من أن نمو الجنين وتكوينه لا يعتمد فقط على الكروموزومات من أبيه وأمه ، بل يتأثر بالبيئة المحيطة به، وربما يؤدي تناول عقاقير معينة أو سلوك وعادات ضارة إلى تشوه الجنين كشرب الكحول أو التدخين ، ولو سلمنا بأن الأم البديلة لن تؤثر وراثيا في الجنين، فإنها ستؤثر عليه سلبا بالأمراض الفيروسية عن طريق المشيمة، أو ربما إصابته بالحصبة الألمانية أثناء الحمل، فعلى من تقع المسؤولية هل على الأم الحاضنة أم الأصلية ؟ [33]

Issn;2602-6163

الرأي الثاني: ذهب إلى ثبوت نسب الطفل لصاحبة الرحم التي حملت وولدت، واستدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه بما أشارت إليه بعض النصوص القرآنية إلى أن الأم هي التي حملت وولدت منها قوله تعالى:" **يخلقكم في بطون أمهاتكم خلقا من بعد خلق في ظلمات ثلاث** "[34].

وقوله أيضا : " **والله أخرجكم من بطون أمهاتكم**" [35]، حيث صرح الله في كتابه بأن الأمومة تعتمد على خلق الجنين في بطن أمه طورا بعد طور وتغذيته من دمها، فالأمومة ليست معتمدة على الصفات الوراثية وحدها، وكذلك قولـــه تعالى:" **الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم**" [36]، حيث صرح الله تعالى في كتابه بأن الأم هي التي حملت وولدت، فنفى الأمومة عن التي لم تلد الولد، حتى لو كانت صاحبة البويضة المخصبة .

وقد نوقش هذا الدليل على أن قصر الأمومة في آية المجادلة على المرأة التي حملت وولدت، خرج مخرج الغالب، حيث سمى القرآن الكريم غيرها أما، كالأم من الرضاع لم تحمل ولم تلد، إلا أن الله تعالى سماها أما، وكذلك أمهات المؤمنين سماهن الشرع أمهات ، والقول بأن الأم الحقيقية والشرعية صاحبة الرحم البديلة التي حملت وولدت غير مسلم، وذلك لأن الإسلام اعتبر في مسألة الأمومة والأبوة أمورا مرتبة، فقد لا يكون الأب الحقيقي هو الأب الشرعي كالزاني إذا زنى بامرأة متزوجة، فان الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج، حتى ولو كان الشبه واضحا بالزنا، يدل ذلك قول النبي (ص): "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"، وعليه فيمكن القول باعتبار المرأة صاحبة البويضة هي أمه الحقيقية وليست أمه شرعا [37].

الرأي الثالث: ذهب إلى ثبوت نسب الطفل لكل من صاحبة البويضة المخصبة وصاحبة الرحم البديلة، ودليلهم في ذلك: أما الأمومة الأولى فدليلها: الطفل المولود فيه جزئية من صاحبة البويضة، فهي أصله أي أمه لكنها ليست كالأم المرضعة، بل إنها أمه التي أعطته جيناتها الوراثية، وان كانت لم تحمله في رحمها وعليه فليست أمومتها كاملة، لأن وصفا من أوصاف الأمومة الكاملة وهو الولادة لم يتحقق. أما الأمومة الثانية فدليلها: ما ذكره القائلون بثبوت نسب الطفل إلى المرأة التي حملت وولدت إلا أن هذه الأدلة لا تصلح لإثبات الأمومة الكاملة للولد على أساس فقدان وصف ضروري للأمومة وهو أن تكون بويضتها سببا في تكوينه، وحيث انتفى ذلك فلا مجال للقول بثبوت كل أحكام الولد بالنسبة لأمه والأم بالنسبة لولدها، فخي الأم بالوكالة فقط ، لأن هذه الأم لم تعطه أيا من جيناتها الوراثية [38].

الفرع الثانـــي: عدة المرأة صاحبة الرحم المؤجر: إذا توفي زوج المرأة صاحبة الرحم أو طلقها، هل توجب العدة على المرأة الحامل صاحبة الرحم ؟ وهل استدخال المني يوجب العدة ؟

إن الحكمة من مشروعية العدة هي معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب بعضها ببعض وتهيئة فرصة للزوجين لإعادة الحياة الزوجية إن رأيا أن الخير في ذلك .

Issn;2602-6163

الفقهاء الأقدمون بحثوا في مسألة استدخال المني من الزوج أو غيره، وفرقوا بين استدخال المني عن طريق الإصبع أو الخرقة أو غيره، وبين الزنا والمحض، ورتبوا على هذه أحكاما مختلفة.

ولا يوجد خلاف بين الفقهاء في عدة الزوجة صاحبة البييضة سواء كان زوجها صاحب المني قد طلقها أو توفي عنها، فانه يجب عليه قضاء [39] العدة ولو أنها عقيم ، أما المرأة الحامل صاحبة الرحم (المرأة المستأجرة) فهل يتوجب عليها أن تقيم عدة الطلاق أو الوفاة من زوجها ؟ وهي حامل من غيره عبر عملية التلقيح الصناعي، أو هل يتوجب عليها أن تقيم عدة إذا توفي صاحب المني وهي غير متزوجة ؟ هناك فريق من الفقهاء يقولون بوجوب عدة الحامل بوضع الحمل بشرط أن يكون الحمل منسوبا إلى رجل له حق في العدة، وهذا ما ذهب إليه الشافعية، ولا أري في حمل المرأة صاحبة الرحم إلا حمل مختلف فيه، ولم يتحقق نسبه لصاحب الفراش، مع أن القاعدة الشرعية تجزم "بإلحاق الولد لصاحب الفراش وللعاهر الحجر"، إذا اعتبرنا العملية شبيهة بالزنا ويحسم الأمر حينئذ بوجوب العدة على المرأة صاحبة الرحم [40].

<u>الفرع الثالـــث: نفقة طفل الرحم المؤجر:</u> أوجب الشرع النفقة على الزوج الراعي لرعيته والمسؤول عن كسوتهم وطعامهم، وتأمين المسكن لهم لاستمرار حياتهم، أما هنا فالمجتمع يتساءل من المسؤول عن طفل ولد من أسرة مفككة ومتضاربة ومتولدة من أبوين وأم من صاحبة البييضة، وأم هي صاحبة الرحم الحامل؟ ومن هو الأب الشرعي الراعي الذي يتوجب عليه النفقة؟ أصاحب المني أم صاحب الفراش؟ وإذا أنكر كل منهما نسبة هذا الطفل إليه، من سيتكفله بالنفقة؟ وإذا لم يثبت وجوبهما له؟ وهل طفل إجارة الأرحام مهدد بالتشرد والضعف والهلاك؟

في مسألة الرحم المؤجر، نلاحظ أن صاحب المني يتوجب عليه ظاهريا النفقة على صاحبة الرحم الحامل، لأن الآية تلزم النفقة على المرأة الحامل أثناء حملها، قال تعالى: "**وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**"[41].

ولكن ترفع النفقة على صاحب المني لعدم توافر الشروط لأنه لم يثبت أية صلة شرعية إذا كانت متزوجة، وإذا تمت العملية برضا الزوج سمي "ديوثا" [42]، إلا أن العقد لا يفسخ النفقة بل تبقى واجبة عليه، وإذا تمت العملية بغير رضا الزوج فان الزوجة ستعتبر ناشزا، وهذا سيسقط حقها في النفقة، إذ لا نفقة لناشز كما لو تمت العملية وصاحبة الرحم غير متزوجة ، وصاحب الحيوان المنوي لا صلة له بالمرأة صاحبة الرحم إلا صلة المتعدي على رحمها وهي صلة غير شرعية وقريبة من الزنا ، وصلة الزنا لا توجب النفقة، ولأن من أسباب وجوب النفقة الزوجية والعقد الصحيح، وهنا غاب الأمران [43]، وكذلك فان المخاطب في قوله تعالى: " **وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**" فهم الأزواج الذين طلقوا نساءهم، وصاحب المني لا تربطه في هذه الآية أية ارتباط أو صلة ، وتبقى النفقة متوجبة على الأم وأقربائها، أما إذا كانت الحامل متزوجة، فإذا لم ينف الأب ذلك الطفل من نسبه

Issn;2602-6163

فسيكون أبنا له، لقوله صلى الله عليه وسلم: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"، وستلزمه النفقة لأن نفقة الأبناء واجبة على الآباء بالإتفاق، وإذا نفي الزوج الطفل من نسبه ولم يعترف ببنوته، فتسقط نفقة الطفل عنه لانقطاع النسب بينهما فيكون الطفل هنا بلا أب، فتكون نفقة الطفل على أقاربه وأقربهم إلى الطفل أمه فان أعسرت انتقلت إلى الأقرب فالأقرب من جهة الأم، وان لم يتوفر من ينفق على الطفل ؟ وجبت نفقته على بيت مال المسلمين [44].

المبحث الثاني : موقف القانون المقارن من عقد تأجير الأرحام (عقد الاجتنان) : أثار عقد إجارة الأرحام جدلا واسعا بالنسبة للدول التي تجيزه وتعترف بمشروعيته، ذلك أن أصل الفكرة حديثة على المجتمع وغير مقبولة اجتماعيا، وبهدف التعرف على الموقف من عقد إجارة الأرحام فإنه لابد من بحث ذلك في قوانين الدول الغربية التي نشأ وانتشر فيها، ثم ننتقل لبحث ذلك في القوانين العربية التي بدأ يزحف عليها هذا العقد، وذلك في المطالب التالية.

المطلب الأول: موقف القوانين الغربية

الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي: يمنع القانون الفرنسي اللجوء إلى استئجار الرحم في المادة 16 من القانون المدني الفقرة 07، لأنه يمنع التصرف في حالة الشخص، ولأن جسم الإنسان خارج عن المتاجرة والاتفاقيات التي يبيحها القانون قاصر على الأشياء، والرحم ليس واحدا منها (المادة 377 الفقرة 09 والمادة 1128 من القانون المدني)، كما أن قانون العقوبات الفرنسي نص في المادة 227 الفقرة 12 على أن المكاتب والجهات التي تتولى الوساطة بين الأطراف الراغبة في الإنجاب والمتبرعات أو المستأجرات للرحم، تتعرض لعقوبة الحبس لمدة سنة مع غرامة مالية تصل إلى مائة ألف فرنك فرنسي، ولكن عمليا وجدت حالات تمت فيها الولادة بهذا الأسلوب، وأول طفل فرنسي قد ولد عن طريق الرحم المستعار كان سنة 1985 [45] من الأم (باترسيا Patricia)، وأكثر من 52 طفلا قد ولدوا باستئجار الرحم، وأعيدوا لوالديهم البيولوجيين و 59 امرأة مستأجرة حامل 60 مترشحة في الانتظار، وأكثر من 1000 طلب في سنة 1986.

ومع الحظر القانوني عمدت النساء اللواتي يمارسن هذه الحرفة إلى إنشاء جمعية تدافع عن حقوقهن رغم رفض الجهة الإدارية ستراسبورغ الاعتراف بها، إلا أنه إذا وقع هذا التعاقد على الرحم بين الزوجين والأم المستأجرة، تضع هذه الأخيرة حملها تحت اسم مجهول(س) ، ثم يعترف به الأب البيولوجي، فيتبناه الزوجان ويضم إليهما، وإذا تراجع أحد الأطراف عن تنفيذ بنود الاتفاق فان الطفل لا يكتسب النسب إلا من جهة الأم، ويكون ابنا للحامل المستأجرة بحكم الوضع، ولو كانت البييضة لغيرها، ولا يصار إلى الاستعانة بالتحليل الوراثي، وإذا كانت المستأجرة ذات زوج فيستفيد المولود من قرينة الفراش، ويكون ابنا شرعيا لهما، وإذا نفاه زوجها فلها أن ترافع عليه إذا اعترفت بأنه من

Issn;2602-6163

صلبه ورفض إعطاء اللقب العائلي له، وفي كل الأحوال فان المتضرر هو الطفل الذي قد يجد نفسه بين الحين والأخر في أحضان دور الطفولة المسعفة [46].

مما سلف بيانه كان على مستوى التشريع، أما على الصعيد القضائي فقد كانت الأحكام الصادرة متضاربة، فلقد حاولت محكمة استئناف باريس في قرار لها صادر بتاريخ 1990/05/15 الإقرار بصحة تبني أطفال مولودين بهذه الطريقة (الأمهات الحاملات للغير) مخالفة بذلك قرار محكمة بداءة باريس وأسست محكمة استئناف باريس قرارها على أن: " الأمومة بالنيابة باعتبارها تعبيرا حرا عن الإرادة والمسؤولية الفردية [47] للذين يتفقون عليها دون أية اهتمامات نفعية ، يجب اعتبارها مشروعا "، ولكن محكمة النقض الفرنسية الهيئة العامة نقضت قرار محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في 1991/03/31 وجاء في حيثيات الحكم: "أن العقد الذي بواسطته تلتزم امرأة ولو تبرعا، أن يزرع في رحمها وأن تحمل جنينا لأن تتنازل عنه منذ ولادته يخالف مبدأ معصومية جسم الإنسان، ومبدأ عدم إمكان المساس بالأحوال الشخصية " وتضيف أن هذا الإجراء إنما يتضمن تحايلا على نظام التبني، وقد أسست حكمها على المواد (353 ، 1128 ، 6) من القانون المدني الفرنسي، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية اتجاهها هذا في قرار لاحق .

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض تشير في قرارها السابق إلى أن: " رفع أو عدم رفع المقابل النقدي لا يغير شيئا من المسألة، فهذه الممارسات باطلة بنفسها حتى إذا كانت لخدمة مجانية" ومع ذلك فان هذه الممارسات مستمرة في المجتمع الفرنسي كما هو الحال في المجتمعات الغربية الأخرى [48].

الفرع الثاني : موقف القانون الأمريكي: لجنة الأخلاق لجمعية التخصيب الأمريكية أبدت بعض الملاحظات والتحفظات التي يمكن أن تكتنف ممارسة الأمومة للغير(عقد تأجير الأرحام)، وهي:

1- احتمال أن يعاني الطفل بسبب القلق حول هويته، ومع ذلك فان هذا قليل الأهمية لأنه سيعاد بعد الولادة لأبويه البيولوجيين .

2- القلق ثانيا ينبع من المقابل الذي يدفع للأم بالنيابة، ولكن ذلك ليس بيعا للطفل إنما هو مقابل يدفع لها نظير رعايتها لفترة محدودة لطفلها الذي من نسلها، والدفع يكون ضروريا عندما لا يحصلان على متبرع أو عندما يريدان إبقاء اسم الأم بالنيابة سرا، فتكون من غير الأقارب .

3- عدم وجود قانون يحكم هذه المسألة، ولكن لحين صدور مثل ذلك القانون هناك خطوات عملية لتسهيل الأمور القانونية، لحين نشوء القانون المنتظر في السابقة القضائية الأولى المعروفة، بهذا نجح الوالدان البيولوجيين في الدعوى من الأم البديلة لوضع اسمها في شهادة ميلاد الطفل كأبوين شرعيين.

4- خطورة أخرى من احتمال أن يكون حمل الأم الحاملة بالنيابة من زوجها وليس من لقيحة الأبوين طالبي الحمل، وبالتالي فإنهما يتلقيان ابنا لا يمت لهما بصلة النسب، ولكن يمكن التأكد من ذلك بواسطة الفحوصات الطبية المتوفرة .

Issn;2602-6163

قد تكون هناك صعوبات للأبوين صاحبي اللقيحة في استرداد الوليد بعد ولادته من قبل الأم البديلة، إذا نظرت الأخيرة باعتبارها الأم الشرعية للولد، ومع ذلك فان محكمة أمريكية أعطت للوالدين حق إثبات اسمهما على شهادة ميلاد الابن ليعرف بهما كوالدين شرعيين للمولود [49].

وبخصوص المقابل الذي يدفع للأم الحاملة بالنيابة، فان المحكمة العليا في (كنتاكي Kentucky) بالولايات المتحدة الأمريكية لم تعتبره مشمولا بقوانين منع بيع الأطفال، وقالت في تعليلها لقرارها إن هذه الحالة مختلفة عن حالة بيع الطفل(Baby_Selling) واستندت في قرارها إلى الحماية الدستورية لاستقلالية اتخاذ قرار الحمل (Child_ Bearing)، إن هذه الحالة هي مختلفة عن حالة بيع الطفل وأضافت في تمييزها بين الحمل بالنيابة وبيع الطفل، بأن العقد تم قبل الحمل في الحالة الأولى، وغرضه ليس التنازل عن طفل غير مرغوب فيه، بل مساعدة الثنائي الذين هما غير قادرين لأن ينجبا بالطريق التقليدي ذرية تنسب إليهما بيولوجيا، وأضافت تلك المحكمة : " أنه يجب على المحاكم أن لا تنفر من منافع العلم بحجة أنها تسبب التعقيدات القانونية، فالتعقيدات القانونية ليست مستعصية على الحل " [50].

موقف قانون ولاية أركنساس الأمريكية

Arkansas was one of the first states to enact surrogacy friendly laws. In 1989, under then Governor Bill Clinton, it passed Act 647, which states that in a surrogacy arrangement, the biological father and his wife will be recognized as the child's legal parents from birth, even if his wife is not genetically related to the child .

الترجمـــــــــــة: وهي أول الدول التي سنت قوانين تأجير الأرحام سنة 1989 في حكم بيل كلينتون وذلك بالقانون 647 الذي ينص على أنه: "يعترف بالآباء والأمهات البيولوجيين في عميلة الأم البديلة كآباء شرعيين منذ الميلاد حتى ولم تكن أمه الجينية غير مرتبطة جينيا بالولد "

الفرع الثالث : موقف القانون الكندي

The Assisted Human Reproduction Act (AHRC) permits only altruistic surrogacy however, The province of Quebec, prohibits all surrogacy.

The Quebec Civil Code renders all surrogacy contracts, whether commercial or altruistic, unenforceable [51] ,That law has been interpreted to mean the genetic mother of a child born to a gestational surrogate will not be recognized as the legal mother, not via adoption nor by any other means, even if that leaves a child with no legal mother at al [52].

الترجمـــــــــــة: أجاز قانون الخصوبة البشرية بالمساعدة في كندا تأجير الأرحام على سبيل الإيثار في حين حظر القانون المدني الكوبيكي كل صور الأم البديلة، حيث جاء في نص المادة 541

Issn;2602-6163

منه على أنه (أي اتفاق تتولى امرأة بموجبه حمل وإنجاب طفل لصالح شخص آخر فهو باطل) كما منع القانون الكوبيكي الاعتراف بالأم البديلة كأم شرعية للطفل ولا حتى بالتبني ولو بقي هذا الطفل بدون أم شرعية.

الفرع الرابع : موقف قانون هونغ كونغ

Commercial surrogacy is criminal under the Human Reproductive Technology Ordinance 2000. The law is phrased in a manner that no one can pay a surrogate, no surrogate can receive money, and no one can arrange a commercial surrogacy (the same applies to the supply of gametes)

الترجمـــــــــة: جرم قانون تكنولوجيا الإنجاب البشرية لسنة 2000 في هنغ كونغ تأجير الأرحام كما جاء في فحوى القانون على أنه لا يمكن لأي أحد تنظيم عمليات تأجير الأرحام ولا المتاجرة بالأمشاج.

الفرع الخامس : موقف القانون المجري

Commercial surrogacy is illegal in Hungary (53)

الترجمـــــــــــــــة: تأجير الأرحام غير مشروع في المجر.

المطلب الثاني : موقف القوانين العربية

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الأم البديلة: لا نجد في التشريع الجزائري مدونة مستقلة تلم شتات هذه المستجدات الطبية أو ترسم حدودها ومعالمها وقوالبها ماعدا مادة واحدة هي نتاج التعديل الأول على قانون الأسرة بالأمر 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، وهي المادة 45 **مكرر** التي أقرت للزوجين بحق الاستعانة بتقنية الإنجاب الصناعي وقيدتها بجملة من الشروط آخرها عدم اللجوء إلى الأم البديلة وهو دليل على مشروعية هذه التقنية قانونا، مما يستلزم الحكم ببطلانها، ومتابعة فاعليها جزائيا: الزوجين، المرأة المتبرعة أو المستأجرة لرحمها، وكل من قدم وساطة أو مساعدة طبية، لأنها ترمي إلى التنازل عن طفل للغير، واستعمال الرحم محلا للتعاقد والمتاجرة، تخريجا على مضمون المادتين " 320 و 321" من قانون العقوبات الجزائري، اللتان تنصان على التوالي:

(يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 20000 دج :

1- كل من حرض أبوين أو إحداهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة.

Issn;2602-6163

2- كل من تحصل من أبوين أو إحداهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو شرع في ذلك، وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله.

3- كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك.)

(يعاقب بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخرا به، أو قدمه على أنه ولد امرأة لم تضع، وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته. وإذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى خمس سنوات، وإذا أثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه، فإن المجرم يتعرض لعقوبة السجن من شهر إلى خمس سنوات) .

ففي هذه الصورة النسب نتف من جهة الأب البيولوجي لعدم توفر الشرط الأساسي لإثبات البنوة وهو الزوجية، إذ صاحب الرحم (تبرعا أو مستأجرا) أجنبية لا تمت بأي رابط شرعي أو قانوني بصاحب الحويمن الذكري، و إن تواطؤا مع من تمت الولادة على يده، أو مع موظف عمومي على تزوير واقعة الولادة بتسجيل المولود على اسم الزوجين- صاحبي النطفة والبييضة المخصبة – كانوا جميعا تحت طائلة قانون العقوبات بتهمة تزوير المحررات العمومية أو الرسمية (المواد 215 إلى 218/ 321/320/228).

أما نسب المولود من جهة الأم فهو محل جدل كبير بين أهل الفقه والقانون، ولا يوجد نص قانوني يحسم النزاع بين الأم الحقيقية والأم البيولوجية ما عدا ما استقر عليه الفقه والقضاء من أن نسب الطفل يثبت للأم بواقعة الولادة في حد ذاتها سواء كان الحمل من طريق شرعي أو من علاقة حرة

وفي الختام هناك ملاحظات تسجل على المشرع الجزائري في هذه القضية:

- الجانب التقني والقالب الشكلي والإجرائي لم ترد بشأنه أدنى إشارة، لكن هذا لا يعني إغفال المشرع عن ذلك، ولكن في حالة إجراء مثل هذه العمليات من طرف الطبيب ففي هذه الحالة يخضع في هذا الشق للقواعد القانونية التي تحد مهنة الطبيب وشروطها وضوابطها التي تضمنتها مدونة أخلاقيات الطب.

- جانب المسؤولية المدنية والجزائية، للزوجين صاحبا البييضة والمرأة المتبرعة برحمها في حالة الإستعانة بالأم البديلة .

- لكن مع ذلك نسجل نقطة إيجابية من حيث حذو المشرع الجزائري حذو فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث تحريم وتجريم مثل هذه العمليات .

الفرع الثاني: موقف القانون المصري: رغم أن مصر كدولة إسلامية خالية تماما من ظاهرة تأجير الأرحام لما في ذلك من خلط للأنساب وهو ما ترفضه الشريعة الإسلامية وجميع الشرائع السماوية

Issn;2602-6163

والقوانين أيضا، إلا أن البعض يري أن إصدار قانون لتجريم هذا الفعل أمر ضروري حتى لا تحدث في المستقبل النائبة ابتسام حبيب عضو مجلس الشعب تقدمت بمشروع قانون للجنة الاقتراحات والشكاوي لتجريم تأجير الأرحام، وعن مشروع القانون تقول النائبة أنه تم عرضه على لجنة الاقتراحات والشكاوي التي أخذت رأي مسئولين من وزارتي الصحة والعدل وطلبت وزارة العدل إحالة المشروع إلى مجمع البحوث الإسلامية الذي وافق علي جميع بنوده بالكامل، ثم أحالته لجنة المقترحات والشكاوي إلي لجنة الصحة(لجنة الموضوع)، تمت مناقشته من قبل عديد من الأطباء وبحضور مندوب من وزارة الحصة، وانتهت اللجنة بأن وافقت على اقتراح مشروع القانون والإسراع بإصداره للتصدي لأي شكل من أشكال الانحراف الذي يخالف الشريعة الإسلامية أو القانون، ومما قد يحدث من بعض المراكز التي تعمل حاليا بموجب لائحة آداب المهنة في النقابة ويلزم الأمر إصدار تشريع خاص يحقق المزيد من الرقابة والضوابط.

تناول المشروع عدة مواد ومن أهمها المادة 05 منه والتي تنص علي أنه يحظر اللجوء إلي إجراء عملية التلقيح الصناعي أو الإخصاب الخارجي والذي يتم عن طريق نطفة الزوج وبييضة الزوجة ثم تعاد البييضة المخصبة منهما لتزرع في رحم امرأة أخرى غير الزوجة تسمي صاحبة الرحم المستعار أو المستأجر التي تكون مهمتها الحمل نيابة عن الزوجة وتسليم المولود للزوجيين [54] كما يحظر اللجوء إلي التلقيح المساعد والذي يتم عن طريق الاستعانة بنطفة متبرع أو بييضة امرأة غير الزوجة حيث يكون نتاجهما طفلا غير شرعي. وحتى لا يصدر القانون كرد فعل للأفعال المؤثمة فلابد أن يصدر قبلها لأن هذه العملية منتشرة في بعض دول العالم، ولكن هناك دولا مثل فرنسا رفضت فكرة الأرحام المستأجرة لاعتبارها نوعا من أنواع الاتجار في البشر، ومن الممكن أن تستغل هذه الفكرة في ظل الظروف الاقتصادية الصعبة، أن يجبر الزوج الفقير زوجته على تأجير رحمها مقابل حفنة من المال، ويمارس العنف معها لإجبارها علي ذلك كنوع من التجارة ووسيلة للتكسب والتربح، فماذا يحدث لو تم تأجير نفس الرحم في الإسكندرية والقاهرة وأسيوط مثلا؟ خاصة أنه من المؤكد أن الطفل عندما يوجد في رحم امرأة أخري يحدث هناك تغييرات جينية تؤثر فيها الأم علي الطفل فهي ليست مجرد وعاء بدليل .

يقول د. حمدي السيد– نقيب الأطباء– إن قانون أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي يتضمن كثيرا من القضايا، وتم وضع شروط لتنظيم كل ما يتعلق بهذه الأمور، والشرط الأساسي أن يتم التلقيح أثناء فترة قيام الزواج وليس بعد وفاة الزوج، مثلا فالحيوانات المنوية المحتفظ بها لا تورث، ولا يجوز تأجير رحم امرأة أخرى غير الأم لتوضع به البييضة الملقحة، وهذا معمول به في قواعد نقابة الأطباء لكنه يتم الآن وضعه في صورة قانون وهناك عقوبات مفروضة على المخالفين، لكن البعض يري أن

Issn;2602-6163

هذا الأمر لا داع لوضع قانون له، لأنه لا يحدث في مصر ولكن د. حمدي السيد يرد على هذا الرأي قائلا مادام هناك 45 مركزا لأطفال الأنابيب في مصر يتم فيها تلقيح البييضات فهذا يعني أنه من الممكن إجراء هذه العمليات في أي وقت لذا لابد من وضع ضوابط لها[55].

الفرع الثالث: موقف القانون التونسي: اعتبر المشرع التونسي في القانون رقم 93 المؤرخ في 2001/08/07 المتعلق بالطب الإنجابي أن تنظيم الولادات هدف لا يتنافى والوقوف إلى جانب العائلات التي تتعرض إلى مشاكل في الإنجاب، ووضع إطار قانوني لمعالجة عدم الخصوبة بالوسائل العلمية البيولوجية داخل الأنبوب أو بتقنيات أخرى ثابتة علميا. ونلاحظ أن هذا القانون يمنع منعا باتا استعمال تقنيات الاستنساخ وتكوين جنين لأغراض صناعية أو تجارية أو الحصول على أجنة بشرية قصد البحث والتجربة، في حين يشير هذا القانون إلى إمكانية إجراء عمليات علاجية على جنين تهدف إلى تفادي مرض خطير كما يمكن تجميد أمشاج الغابات العلاجية ويخضع الطب الإنجابي إلى نظم وتراخيص خاصة وشروط دقيقة تضمن سلامة العمليات المجربة في هذا المجال، ويعتبر هذا القانون إطارا مفيدا يساعد النساء على تجاوز محنة العقم وما قد ينجرّ عنها من آثار على العلاقة الزوجية واستقرار الأسرة [56].

الفرع الرابع: موقف القانون السوري: يعتبر عقد الإجتنان في القانون السوري باطلاً لأن السبب والمحل مخالفان للنظام العام، لأنه يشترط في السبب في العقد أن يكون موجوداً وغير مخالف للنظام العام، وهذا ما قضت به المادة 137 قانون مدني: «إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام كان العقد باطلاً»، وكذلك محل العقد فالمحل في عقد الإجتنان هو جسم الإنسان الذي لا يجوز التعامل به، فالجزاء المترتب على هذا العقد هو البطلان. أما من ناحية النسب فقد نظم المشرع أحكام النسب في قانون الأحوال الشخصية السوري ونصت المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية على: 1- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يُنسب إلى زوجها بشرط أن يمضي على الزواج أقل مدة الحمل، 2-إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقره أو ادعاه ، 3-إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا بالميعاد ، كما نصت المادة 128: أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية. وفي ضوء هذه المواد يثبت نسب الطفل المولود إلى زوج المرأة الحامل إذا توافرت شروطها، وإلا فلا يثبت إلا إذا أقره أو ادعاه [57].

الفرع الخامس: موقف القانون العراقي: يخلو هذا القانون من نص صريح يعالج شرعية اللجوء إلى ممارسات الأم البديلة، وبما أن قانون الأحوال الشخصية العراقي يعتمد كليا على الشريعة الإسلامية في أحكامه، وليس من السهل إعطاء رأي قاطع بشأن تقدير مدى مساهمة الحمل لوحده في تكوين الطفل المولود من ذلك الحمل، فالمعروف أن الجنين هو في البطن يعتمد علي الحامل في غذائه وتنفسه ونموه ونضوجه إلي لحظة الولادة والانفصال على الحامل، ولكن مع ذلك يبقى دور المرأة

Issn;2602-6163

الحامل للغير دورا مساعدا وليس جوهريا، لأنه مهما حاولنا تهيئة الظروف الخارجية الملائمة فإننا لا نحصل علي جنين عند افتقاد أي واحد من العناصر التالية(الحيمن، البويضة، التلقيح) فهذه العناصر الجوهرية وما سواها عوامل مساعدة بدل على ذلك إمكان إبقاء البويضة المخصبة في أنابيب الاختبار ولأيام عديدة، يحاول العلم الآن إطالتها، قبل الشتل في رحم المرأة وكذالك إمكان إتمام نضوج ونمو المواليد الجدد الذين ولدوا قبل الأوان بأشهر في حاضنات خاصة توفر فيها الظروف الملائمة المتشابهة لرحم الحامل، ويحاول العلماء الآن إطالته الفترتين للوصول إلى حمل خارج الرحم في الأيكتو جينز، ولكن وبالرغم من ذالك فان دور المرأة الحامل هو بدون شك أكثر أهمية من دور المرأة المرضعة، فدوريهما وإن كانا دورين مساعدين إلا أنهما مختلفان من حيث مدى الأهمية لا من حيث الجوهر، وقد سمحت الشريعة الإسلامية بإجارة الظئر ونظمته باعتباره عقدا صحيحا، كما أجازت القوانين المدنية ومنها القانون العراقي أخذ دم الغير أو كليته أو قلب أو عين الميت لتوه للضرورة والمعالجة والإنقاذ من الموت. لذلك وقياسا على الاستعانة في الحالات التي أجيزت، نرى شرعية لجوء الرجل إلى رحم إحدى زوجتيه لزرع بويضة لزوجته الأخرى ملقحة بحيمنه إذا تعذر الزرع في الرحم صاحبة البويضة لأي سبب من الأسباب المشار إليها في هذا البحث، كما ندعو إلى إصدار تشريع يتضمن بيان حكم القانون في هذه الممارسات في العراق ونحبذ أن يسمح به في حالات الاستعانة برحم أحدى قريبات الزوجة كأمها أو أختها أو عمتها أو خالتها، مثلا لانتفاء المصلحة المادية في هذه الحالات وبشرط اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة وأخذ كافة المحاذير بنظر الاعتبار وأن تدعوا إليها حاجة وضرورة لا مجرد التعاجز والتبطر والتهرب من مسؤوليات الحمل وآلامه ومحدداته وآثاره.

الخاتمة: الأمومة وسام شرف، قلد الله سبحانه وتعالى به كل امرأة ضحت وتألمت وعانت وصبرت على آلام الحمل، وكابدت أثناء الوضع والولادة، فكافئها الله بهذا اللقب العظيم فميزها عن سائر البشر وجعل لها مكانة مشرفة، حيث ربط الجنة برضاها، وجعل رضاه برضاها، والرسول صلى الله عليه وسلم وصانا بالأم وقال عليه الصلاة والسلام: " **الجنة تحت أقدام الأمهات** "، وذلك لأن رحمها كان منبت الإنسان كالأرض فهي منبت كل شيء، فكان صراخها وآلامها من أجل استمرارية الحياة والمكابدة والمعاناة لولادة الإنسان، والتعب والسهر لوجوده، والصبر والتحمل لخروجه إلى عالم الحب والأمان، وبعد الولادة تستفيض عاطفة الأمومة الحاضنة، لتجد أن المولود سيسلب منها وفق العقد المبرم بين الطرفين، فترفض التسليم ويقع النزاع بين الأسرتين، سيواجهون مأزقا قضائيا ولده نزاع شرس بين اثنين من الأمهات، كل منهما تدعي أمومة طفل حديث الولادة .

لقد جاء أعداء الإنسانية وتجار الأمومة والأرحام يسمسرون ويستغلون الظروف والأوضاع فيجردون النساء من ألقابهن وينزعون منهن أغلى ما يملكن، فيجعلونهن كالأنعام فيتاجرون بهن ليسوقوا

Issn;2602-6163

بضائعهم، والأخطر من ذلك أن من حمل مهنة الشرف والتضحية وأقسم أن يعمل بالإنسانية هم وراء تجارة الأرحام، فيضعوا معنى الأمومة ليحققوا تجارتهم، وينجحوا تجاربهم واختباراتهم بحجة المحافظة على النسل، إلى مدى يندفع العلم بالإنسان بعد أن انتهى من الحيوان فيتلاعب بمني الذكور ليلقح بها بييضات الإناث، فيضعوها بأرحام النساء الفقيرات الجاهلات ليوجدوا طفلا مجهول النسب ومسلوب الحقوق .

الفقهاء وقعوا في نقاش وحوار عبر المجامع الفقهية والندوات، ليصلوا بالنتيجة إلى أن هذا الموضوع في غاية الأهمية وأبعاده خطيرة، ويهدد مجتمعاتنا وخاصة أسرنا، فهو أسلوب غير طبيعي ولا تستقيم فيه الأمور، والفقه لا يرحب به ولا يرض عنه وعن نتائجه، ويصدم الحس الديني ويعتبر جناية على الدين، ويسبب ضياع معنى الأمومة، وتحيطه الشبهات فهو في حكم التحريم وعدم الجواز وآثم كل من يشارك في تلك الأساليب غير المباحة .

وعملية إجارة الأرحام فكرة عبثية مرفوضة وتجارة غير مشروعة، تفتح الباب لمشكلات أخلاقية واجتماعية خطيرة، تهدد تماسك الأسرة واستقرار المجتمع، وتأجير الأرحام دعوة مسمومة جديدة لهدم الأسرة .

ولقد توصلنا في بحثنا هذا إلى النتائج التالية :

– مسألة الرحم الظئر من المسائل التي لم تبتل بها بلادنا بصورة واسعة، إلا أننا نحتاج إلى معرفة الحكم فيها .

– إن التقدم التقني في الطب قذف بمثل هذه المسائل التي تحتاج إلى معرفة الحكم الشرعي .

– يتبين في الصور المحرمة في هذه المسألة عدة محاذير أخلاقية تقتضي منع هذه الصور والتشدد في رفضها .

– لا تعطي هذه العملية حق الميراث للأم البديلة لأنها ليست أما حقيقية، وإنما لها بعض أحكام الرضاع وزوجها أجنبي لا يعط حكم الأب من الرضاع .

وفي الختام نقترح التوصيات التالية :

– نطلب من الفقهاء والحكماء والقضاة أن يضبطوا آثار هذا الأسلوب من نسب وميراث ومصاهرة وعدة ونفقة على مقياس الشريعة الإسلامية، ويردوها للكتاب والسنة والقواعد الفقهية .

– إن في إباحة إجارة الأرحام إثارة للمشكلات الاجتماعية وإشاعة للفاحشة في المجتمع، ومن ثمة وجب التصدي لها ومعالجتها من جذورها بوضع قواعد قانونية تجرم هذا الفعل وتعاقب من يقدم عليه .

الهوامش:

– أ . محمد محمود حمزة : إجارة الأرحام بين الطب و الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية لبنان بيروت، 2007 ، ص 316، 315.

Issn;2602-6163

2- د. محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام-التصرف القانوني- ، الطبعة الثانية ، 2004 ، الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص 38.

3 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن القانون المدني الجزائري.

4- د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 75.

5- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/05/04،المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

6 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية و القانون، دراسة تحليلية ،دار النهضة العربية، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص 113.

7 - أ. محمد محمود حمزة ، المرجع السابق ، ص 319.

8-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري،المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.

9- أ. محمد محمود حمزة، المرجع السابق، ص 316،317.

10 - القانون المدني الجزائري.

11 - أ. عبد الحميد عثمان محمد ، المرجع السابق ، ص 118، 119.

12- القانون المدني الجزائري .

13 - أ. عبد الحميد عثمان محمد ، المرجع السابق ، ص 119.

14 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع نفسه، ص 121.

15 - أ. محمد محمود حمزة ، المرجع السابق ، ص 319 ، 318.

16 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 122.

17 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع نفسه ، ص 124.

18 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 126، 125.

19 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 126،127.

20 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 129، 128.

21 - فعلى سبيل المثال المادة 592 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه:" إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله.

وإذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوما أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد."

22 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 129 ،131.

23 -وهذا حسب نص المادة 597 من القانون المدني الجزائري:" على المودع أن يرد إلى المودع لديه ما أنفقه في حفظ الشيء وعليه أن يعوضه على كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة."

24 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 131،132.

25 - أ. عبد الحميد عثمان محمد، المرجع نفسه، ص 134.

26 - سورة الأحزاب، الآية 05.

Issn;2602-6163

27 – ا. ميس شريف مصاورة ، تأجير الأرحام في مرآة الدين الإسلامي ، بحث تخرج أكاديمية القاسمي ، كلية أكاديمية للتربية ، قسم الدين الإسلامي واللغة العربية ، 2008/2007 ، ص 76.

28 – أ. تشوار الجيلالي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان 2009 ص 45.

29 – قرار المحكمة العليا، الصادر في 1993/11/23:" إن من المستقر عليه قضاء أن فترة الحمل لا تتجاوز 10 أشهر فإذا انقضت هذه المدة فان دعوى إثبات النسب تسقط "

30 – نقض جنائي طعن رقم 4877 ، سنة 51 قضائية بجلسة 1982/03/10 ، الجامع القانوني الإسكندرية للبرمجيات 2001 .

31– أ. أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008 ، ص 194

32 – أ. أيمن مصطفى الجمل ، المرجع نفسه ، ص 197 .

33 – أ. أيمن مصطفى الجمل ، المرجع نفسه ، ص 198 .

34 – سورة الزمر ، الآية 06 .

35 – سورة النحل ، الآية 78 .

36 – سورة المجادلة ، ألآية 02 .

37 – أ. أيمن مصطفى الجمل ، المرجع السابق ، ص 201 .

38 – أ . أيمن مصطفى الجمل ، المرجع نفسه ، ص 202 .

39 – أ. محمد محمود حمزة ، المرجع السابق ، ص 284 – 285 .

40 – أ. محمد محمود حمزة ، المرجع نفسه ، ص 287 – 288 .

41 – سورة الطلاق الآية 06 .

42 – الديوث : القواد على أهله والذي لا يغار عليهم .

43 – أ. محمد محمود حمزة ، المرجع السابق ، ص 191 .

44 – أ. محمد محمود حمزة ، المرجع نفسه ، ص 292 .

45 – د زبيدة أقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى عين مليلة – الجزائر ، 2010، ص 92 .

46 – د. زبيدة أقروفة ، المرجع نفسه ، ص 93 .

47 – أ.د سعدي إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة –أطفال الأنابيب I.V.F- تجميد الأحياء التناسلية وحفظها –عمليات الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري، دراسة مقارنة في ضوء القانون والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية، مصر ، 2009 ، ص 158 .

48 – أ. د سعدي إسماعيل البرزنجي ، المرجع نفسه ،ص 187 ، 188 .

49 – أ.د. سعدي إسماعيل البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 155 ، 156 .

50 – أ.د سعدي إسماعيل البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 156 ، 157 .

51- Civil Code of Quebec, 1991, c.64, article 541: "any agreement whereby a woman undertakes to procreate or carry a child for another person is absolutely null"

Issn;2602-6163

52 - http://bits.wikimedia.org/en.wikipedia.org
53 - http://.wikimedia.org/
54- عبير الضمراني مقال تأجير الأرحام ممنوع بالقانون عبر الموقع الالكتروني http://www.bilakoyod.net
55 - عبير الضمراني ، الموقع السابق .
56 - http://wrcati.cawtar.org
57 - عبير الضمراني ، الموقع السابق .

قائمة المراجع :

1- القرآن الكريم .

2 - النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمـــن القانـــون المدني ، جريدة رسميـــة عـــدد 78 الصـــادرة في 30 سبتمبر 1975 ، المعـــدل والمتمـــم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، جريدة رسميـــة عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005 .

2- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/05/04، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3 - الكتب :

1- أيمن مصطفى الجمل ، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2008 .

2 - تشوار الجيلالي ، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، جزء الأحوال الشخصية ، جامعة تلمسان ، 2009 .

3- سعدي إسماعيل البرزنجي ، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة - أطفـــال الأنابيب I.V.F - تجميد الأحياء التناسلية وحفظها- عمليات الهندسة الوراثية والاستنساخ البشري ، دراسة مقارنة في ضوء القانون والأخلاق والشريعة ، دار الكتب القانونية ، مصر 2009 .

4- عبد الحميد عثمان محمد ، أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية و القانون ، دراسة تحليلية ، دار النهضة العربية ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا .

5- محمد محمود حمزة ، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية لبنان بيروت، 2007 .

6- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام- التصرف القانوني- ، الطبعة الثانية ، 2004 ، الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر .

Issn;2602-6163

7- ميس شريف مصاورة ، تأجير الأرحام في مرآة الدين الإسلامي ، بحث تخرج أكاديمية القاسمي كلية أكاديمية للتربية ، قسم الدين الإسلامي واللغة العربية ، 2008/2007 .

10- زبيدة أقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى ، عين مليلة – الجزائر ، 2010 .

4- المواقع الالكترونية :

1- عبير الضمراني ، مقال تأجير الأرحام ممنوع بالقانون ، عبر الموقع الالكتروني :
http://www.bilakoyod.net

2 - http://bits.wikimedia.org/en.wikipedia.org

3 - http://.wikimedia.org/

4 - http://wrcati.cawtar.org